

فصلية علمية محكمة - تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت

إصدار خاص
لجائحة فيروس كورونا
COVID-19

جامعة
الكويت

مجلس
النشر العلمي



ISSN: 1029 - 6069

إصدار خاص - الجزء الأول

ربيع الأول ١٤٤٢ - نوفمبر ٢٠٢٠

الجزء الأول

ثمن العدد

- في الكويت: ٧٥٠ فلسا.
- في دول الخليج: (السعودية ١٠ ريالات، قطر ١٠ ريالات، الإمارات ١٠ دراهم، البحرين دينار، عمان ريال).
- في الوطن العربي: ما يعادل دولاراً أمريكيا.
- في الدول الأجنبية: ثلاثة دولارات.

الاشتراكات السنوية

نوع الاشتراك	الكويت	الدول العربية	الدول الأجنبية	سنوات الاشتراك
أفـــراد	٣ دنانير	٤ دنانير	١٥ دولاراً	سنة
مؤسسات	١٥ ديناراً	١٥ ديناراً	٦٠ دولاراً	
أفـــراد	٥ دنانير	٧ دنانير	٢٥ دولاراً	سنتان
مؤسسات	٢٥ ديناراً	٢٥ ديناراً	١٠٠ دولار	
أفـــراد	٧ دنانير	١٠ دنانير	٣٥ دولاراً	٣ سنوات
مؤسسات	٣٥ ديناراً	٣٥ ديناراً	١٤٠ دولاراً	
أفـــراد	٩ دنانير	١٣ ديناراً	٤٥ دولاراً	٤ سنوات
مؤسسات	٤٥ ديناراً	٤٥ ديناراً	١٨٠ دولاراً	

تدفع الاشتراكات بالطريقة التالية:

١ – إما بشيك لأمر جامعة الكويت مسحوباً على أحد المصارف الكويتية.

٢ – أو بتحويل مصرفي لحساب جامعة الكويت رقم (042/02608) لدى بنك الكويت المركزي وإشعار المجلة بذلك.

رقم الإيبان: KW21CBKU0000000000000004202608

جميع الآراء التي تتضمنها هذه المجلة تعبر عن وجهة نظر كاتبها ولا تعبر عن رأي المجلة، وبالتالي فهي ليست مسؤولة عنها

إصدارات مجلس النشر العلمي

مجلة العلوم الاجتماعية ١٩٧٣، مجلة الكويت للعلوم والهندسة ١٩٧٤ (انفصلت في ٢٠١٣ إلى مجلة الكويت للعلوم، مجلة الأبحاث الهندسية)، مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية ١٩٧٥، لجنة التأليف والتعريب والنشر ١٩٧٦، مجلة الحقوق ١٩٧٧، حوليات الآداب والعلوم الاجتماعية ١٩٨٠، المجلة العربية للعلوم الإنسانية ١٩٨١، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ١٩٨٣، المجلة التربوية ١٩٨٣، المجلة العربية للعلوم الإدارية ١٩٩١.






مجلة علمية محكمة ربع سنوية تعنى بنشر الدراسات القانونية والشرعية

إصدار خاص - الجزء الأول - نوفمبر ٢٠٢٠م

توجّه جميع المراسلات إلى رئيس التحرير على العنوان التالي:

مجلة الحقوق - ص.ب.: ٦٤٩٨٥ الشويخ - ب 70460 الكويت

تلفون: ٢٤٨٣٥٧٨٩ - ٢٤٨٤٧٨١٤ - ٢٤٩٨٤٧٦١ فاكس: ٢٤٨٣١١٤٣

البريد الإلكتروني: jol@ku.edu.kw
jol.ku.kw@gmail.com

تفهرس المجلة وملخصاتها ونصوصها في قواعد البيانات والمعلومات الآتية:
Ebsco Publishing, Legal Source, ISC Databases, Arab World Research Source, Ulrich's IPD, UNESCO DARE Databank, Mandumah, PR, Newswire, MECAS Database, copac.

تتوفر نصوص البحوث كاملة لدى:
EBSCO Publishing Products
www.mandumah **دار المنظومة**

تفهرس المجلة في دليل أولرخ الدولي للدوريات تحت رقم 4965711

ISSN 1029 - 6069





تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت

الهيئة الاستشارية





إصدار خاص - الجزء الأول - نوفمبر ٢٠٢٠م

عنوان المجلة في شبكة الإنترنت http://www.apc.kuniv.edu.kw/jol

قواعد النشـر

مجلة الحقوق : مجلة علمية محكّمة ربع سنوية تصدر عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت؛ تقبل النشر فيها باللغة العربية والفرنسية والإنجليزية، وهي تعنى بنشر كل ما يتصل بميادين اهتمام المجلة، وذلك عن البحوث والدراسات، التعليق على أحكام قضائية، ملخصات الرسائل العلمية، التقارير العلمية عن الندوات والمؤتمرات، عرض الكتب الجديدة ومراجعتها . وذلك وفق القواعد التالية:

أولاً ـ البحوث والدراسات العلمية :

• قواعد عامة :

١ - التعهد من الباحث بأن البحث أو الدراسة لم يسبق نشرها - ورقيا أو إلكترونيا - وألا تكون مقدمة للنشر إلى أية جهة أخرى .

٢ - أن يتسم البحث بالعمق والأصالة والإضافة الجديدة إلى المعرفة القانونية .

٣ - الالتزام بأصول البحث العلمي وقواعده العامة، ومراعاة التوثيق العلمي الدقيق لمواد البحث.

٤ - ألا يكون البحث أو الدراسة جزءاً من رسالة الدكتوراه أو الماجستير التي تقدم بها الباحث، أو جزءاً من كتاب له سبق نشره.

٥ - ألا يزيد عدد صفحات البحث أو الدراسة عن ١٥ ألف كلمة بما في ذلك المراجع والهوامش والجداول والأشكال والملاحق.

٦ - لا يجوز نشر البحث في مجلة علمية أخرى بعد إقرار نشره في مجلة الحقوق.

٧ - تقدم البحوث مطبوعة من ثلاث نسخ على ورق (A4) مع قرص مدمج (CD) وينبغي مراعاة التصحيح الدقيق في جميع النسخ.

٨ - أصول البحوث التي تصل إلى المجلة لا ترد سواء نشرت أو لم تنشر.

٩ - أن يرفق الباحث نبذة تعريفية عنه.

١٠ - أن يرفق الباحث ملخصاً عن بحثه في حدود الصفحة الواحدة باللغة العربية والإنجليزية.

١١ - لا تدفع المجلة مكافآت مالية مقابل البحوث المنشورة، أو مراجعات الكتب، أو أي أعمال فكرية، ما لم تكن بتكليف من المجلة.

١٢ - المواد التي تتضمنها البحوث المنشورة تعبر عن آراء أصحابها، ولا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة.

١٣ - ترسل البحوث إلى عنوان رئيس تحرير مجلة الحقوق ص.ب: 64985 الشويخ ب 70460 الكويت، أو إيميل المجلة jol@ku.edu.kw.

• قواعد خاصة :

١ - تخصص قائمة بالمراجع في آخر البحث، تتضمن جميع المراجع التي أشير إليها في المتن، وتوضع في صفحات مستقلة ، على أن ترتب المصادر والمراجع بدءاً بالمراجع العربية ثم المراجع الأجنبية، من دون ترقيم .

٢ - يشار إلى الهوامش بأرقام متسلسلة على امتداد صفحات البحث، وتشرح مرقمة بحسب تسلسلها.

٣ - يمنح كل باحث ثلاث نسخ من العدد المنشور فيه بحثه مع عشرين مستخرجا من بحثه المنشور.

٤ - تحتفظ المجلة بجميع حقوق النشر ـ ورقيا وإلكترونيا ـ للبحث المجاز .

٥ - يخضع ترتيب البحوث المنشورة في المجلة لاعتبارات فنية .

٦ - يراعى – ما أمكن – في أولوية النشر :

أ - البحوث الواردة من أعضاء هيئة التدريس في جامعة الكويت .

ب - البحوث والدراسات التي تعنى بالقوانين الكويتية أو المقارنة بالقوانين الكويتية.

ج - تاريخ تسلّم رئيس التحرير للبحث، وأسبقية تقديم البحوث التي يتم تعديلها .

د - تنويع البحوث كلما أمكن ذلك .

ثانياً ـ التعليق على الأحكام القضائية :

تنشر المجلة التعليق على أحكام القضاء، إيمانا منها بأهمية آراء الفقه القانوني في تحليل الحكم وتأصيله ونقده من واقع الربط بين نظرية القانون وعلمه ، وبين التطبيق العملي ، وذلك وفق القواعد الآتية :

- أن يكون معدّ التعليق متخصصاً في القانون.
- أن يتناول التعليق حكما نهائيا استنفدت طرق الطعن عليه .
- ألا يناقش التعليق إلا المبادئ التي أقام عليها الحكم دعائمه .
- عدم التعرض للهيئة والقضاة الذين أصدروه .

ثالثاً ـ عرض ملخصات الرسائل الجامعية :

تنشر المجلة ملخصات الرسائل الجامعية (الماجستير - الدكتوراه) التي تم إجازتها ، ويراعى فيها أن تكون حديثة، وأن تعد بمعرفة صاحب الرسالة، وأن تمثل إضافة علمية جديدة في أحد مجالات القانون المعروفة، على ألا يزيد العرض على (١٠) صفحات، مع مراعاة أن يضم ما يلي:

- مقدمة لبيان أهمية موضوع الرسالة .
- ملخصاً لموضوع الرسالة وكيفية تحديده، ويكون ضمن الرسالة .

- ملخصاً لمنهج الرسالة وفروضها وعينتها وأدواتها .
- خاتمة لأهم ما توصل إليه معد الرسالة من نتائج وتوصيات .

رابعاً ـ تقارير اللقاءات العلمية :

تنشر المجلة التقارير العلمية عن الندوات والمؤتمرات التي تتصل موضوعاتها بواحد أو أكثر من مجالات اهتمام المجلة ، والتي انعقدت حديثا في داخل الكويت أو خارجها، ويراعى فيها:

- أن يغطي التقرير فعاليات الندوة أو المؤتمر مركزاً على الأبحاث العلمية وأوراق العمل المقدمة ونتائجها، وأهم التوصيات التي توصل إليها .
- ألا يزيد التقرير عن (٥) صفحات .

خامسا ـ عرض الكتب ومراجعتها :

تنشر المجلة المراجعات التقويمية للكتب حديثة النشر، التي تخص أي حقل من حقول القانون والتي تتوافر فيها الشروط التالية :

- أن يكون الكتاب متميزاً ومشتملاً على إضافة علمية جديدة .
- أن يكون معدّ المراجعة متخصصاً في المجال العلمي نفسه للكتاب .
- ألا يكون قد سبق تقديم العرض للنشر في مطبوعة أخرى .
- أن يعرض المراجع ملخصاً وافياً لمحتويات الكتاب مع بيان أهم أوجه التميز والقصور، على ألا يزيد العرض على (٥) صفحات .
- تمنح المجلة مقابلاً مالياً لعرض الكتب، الذي يتم بتكليف من المجلة فقط .

* * * * *

محتويات العدد

كلمة العدد:

البحوث والدراسات باللغة العربية:

كلمة العدد

يصدر هذا العدد الخاص من مجلة الحقوق ليتناول الآثار القانونية لجائحة كورونا المستجد. وتأتي أهمية هذا العدد والذي سيصدر في أكثر من جزء ليسلط الضوء على التحديات والتبعات القانونية للجائحة غير المسبوقة في منظومتنا القانونية العربية. وتجدر الإشارة إلى أن الآثار القانونية للجائحة تنقسم إلى أكثر من شق.

الشق الأول: يتعلق بمدى كفاءة وانطباق القواعد القانونية القائمة قبل الجائحة والتي هدف من خلالها المشرعون إلى التعامل مع مثل هذه الأحداث غير المسبوقة، فعلى سبيل المثال فإن نظرية الظروف الطارئة وغيرها من النظريات ذات العلاقة ستكون محوراً رئيسياً للمعارك القانونية في أروقة المحاكم. وسيمثل هذا التفاعل بين النص والواقع والتطبيق فرصة غير مسبوقة لمراجعة هذه النظريات والقواعد القانونية، وإطلاق نقاش فقهي ينطلق من واقع غير مسبوق. ونأمل بمجلة الحقوق أن تمثل هذه الإصدارات انطلاقة لمثل هذه النقاشات التي نادراً ما نراها بعالمنا العربي، فالعمل البحثي الفردي هو النهج المهيمن على واقعنا العربي ولعل من أكثر ما نحتاجه هو إطلاق المبادرات الجماعية البحثية كما هو معمول به في الدول الغربية.

الشق الثاني: يتعلق بالتبعات القانونية لجائحة كورونا ويتمثل بمعرفة الفراغ التشريعي والفقهي الذي ستكشف عنه الجائحة، فهذه الجائحة ستظهر إشكاليات وتحديات قانونية لن نستطيع التعامل معها في ظل النظريات والتشريعات القائمة؛ لذلك بدأنا نرى التدخل التشريعي على مستوى غالبية دول العالم، كمحاولة للتعامل مع العجز الذي ظهر في المنظومة التشريعية الإنسانية. وهذا العجز ليس نتيجة قصور لما هو قائم ولكن نتيجة واقع غير مسبوق فرضته هذه الجائحة، فعلى الرغم من أن هذه الجائحة لا تعد الأولى على المستوى الإنساني، إلا أنه لأول مرة تضطر البشرية للتعامل مع جائحة في ظل العولمة والانفتاح والاتصال غير المسبوق في التاريخ الإنساني.

وهذا الواقع فرض أسئلة حول مسائل أساسية مثل الحقوق والحريات وحدود السلطات التنفيذية على مستوى العالم، وتقاطع المصلحة العامة مع الحقوق اللصيقة بالفرد. وهذه الأسئلة لن تنتهي أو تتوقف مع جلاء الجائحة، ولكنها ستستمر وسيستمر الجدل الفقهي والفلسفي حولها؛ لذلك نرى العديد من المسؤولين ونشطاء حقوق الإنسان يحذرون من خطورة تراجع نمط الحياة، وتآكل حقوق الإنسان المكتسبة بحجة السيطرة على الجائحة. خاصة مع بروز ظواهر مقلقة على المستوى الإنساني مثل السياسات الشعبوية وإقصاء الآخر. والمحزن هو أن الأثر الأعظم للجائحة كان على فئات المجتمع المهمشة، وهو الأمر الذي أعاد للساحة الفكرية مسائل مثل دور الدولة بتوفير الرعاية اللازمة كحق دستوري لفئات المجتمع المهمشة والأقل دخلاً.

ويحدونا الأمل أن يحظى هذا الإصدار بمباركة القارئ العزيز، وأن يقضي معه وقتاً ممتعاً، ويجد في قراءته علماً زاخراً، داعين المولى – عز وجل – التوفيق والسداد، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

رئيس التحرير

د. فهد علي الزميع


البحوث والدراسات

الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد (COVID-19) على عقد الإيجار بين نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة

الدكتور/ خالد جاسم الهندياني*
الدكتور/ عبد الرحمن عبد الواحد الرضوان**

ملخص:

انتشار فيروس كورونا أثر بصورة مباشرة على اقتصاديات الدول وعلى العقود التي أبرمها الأفراد، وعقد الإيجار من هذه العقود، فاختل التوازن العقدي وأصبح من الصعب أو المستحيل على المدين تنفيذ التزامه، فذهب البحث إلى النظر في مدى تطبيق نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة لبحث الحلول التشريعية للمشاكل المثارة من قبل انتشار الفيروس، فهل يعفى المؤجر من تنفيذ التزامه بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة؟ وهل يسمح له بإنهاء عقد الإيجار إذا تخلف المستأجر عن دفع الأجرة؟ أو يعفى المستأجر من دفع الأجرة خلال فترة انتشار الفيروس؟ وهل يعتبر فيروس كورونا قوة قاهرة أم ظرفاً طارئاً؟

المقدمة:

منذ ظهور فيروس كورونا المستجد (كوفيد -١٩) في ديسمبر ٢٠١٩، في سوق مدينة ووهان الصينية، ومن ثم انتشاره في العديد من دول العالم، حيث لا نكاد نجد دولة لم تعانِ من هذا الوباء، مما جعل منظمة الصحة العالمية تعلن أنه وباء عالمي[(١)].

تداعيات فيروس كورونا لم تقتصر على جوانب صحية فقط، وإنما طالت آثاره اقتصاديات دول وشركات عالمية، وأثرت بصورة مباشرة على بعض المعاملات التجارية وعقود المقاولات والالتزامات المالية، وأغلب العقود بصفة عامة، مما دفع عدداً من الشركات العالمية، وعلى الأخص الصينية والأمريكية منها المتخصصة في مجالات معينة مثل صناعة السيارات، والنقل الجوي، والمواد البترولية والغازية، إلى الإقرار بوجود حالة قوة قاهرة من أجل التحلل من المسؤولية القانونية في عدم تنفيذ

(*) الباحث الرئيس: قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الكويت.
(**) الباحث المشارك: قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الكويت.

(١) أعلن المدير العام لمنظمة الصحة العالمية تيدروس أدهانوم غيبريسوس في ١١/ مارس ٢٠٢٠، أن المنظمة باتت تعتبر فيروس كورونا المستجد المسبب لمرض (كوفيد ١٩) والذي تفشى في مختلف أرجاء المعمورة "وباء عالمياً".

التزاماتها التعاقدية تجاه زبائنها، وعدم أداء غرامات تأخيرية أو تعويض عن التأخير في تنفيذ هذه الالتزامات.

ولتكريس هذه الفكرة (القوة القاهرة) اتجهت بعض الدول إلى تبني هذا الموقف، ففي فرنسا أعلن وزير الاقتصاد والمالية الفرنسي يوم ٢٨ فبراير ٢٠٢٠، أن فيروس كورنا يعتبر قوة قاهرة في عقود المقاولات، وبالتالي لن تطبق غرامات التأخير في التنفيذ على الشركات المرتبطة بعقود مع الدولة الفرنسية. كما اتجهت من قبل الصين إلى تبني الموقف نفسه، حيث أكدت هيئة تنمية التجارة الدولية الصينية، أنها ستمنح شهادات (القوة القاهرة) للشركات الدولية التي تكافح من أجل مواجهة فيروس كورونا، وخاصة الشركات التي تستطيع أن تثبت أن التأخير كان بسبب هذا الوباء[٢].

وتحت دواعي حماية الصحة العامة، اتخذت الدول ومنها دولة الكويت، عدة تدابير احترازية للحيلولة دون تفشي الفيروس بشكل كلي في أواسط المجتمع، فمثلاً اتخذت عدة تدابير احترازية من أهمها، توقيف العمل في الكثير من القطاعات الخاصة، وإغلاق المجمعات التجارية، وإغلاق بعض الأنشطة التجارية، كالصالونات، والمقاهي، ودور المسرح والسينما، والصالات الرياضية، كما فرضت حظر تجول جزئي على البلد بأكمله[٣]، ومن ثم قرر مجلس الوزراء الحظر الكلي الشامل على البلد، اعتباراً من تاريخ ٢٠٢٠/٥/١٠ حتى تاريخ ٢٠٢٠/٥/٣٠م[٤]. هذه الإجراءات الاحترازية التي اتخذت تهدف إلى حماية المواطن والمقيم على أرض الكويت من هذا الوباء، إلا أنه من المؤكد أن هذه الاحترازات لها تبعات قانونية كثيرة، ولها تأثير مباشر على العقود المبرمة، فكيف يستطيع الأفراد – في مثل هذه الظروف – الوفاء بالتزاماتهم القانونية أو التعاقدية؟

لذلك نجد أن فيروس كورونا له آثار كبيرة، سواء على المستوى الاقتصادي أو القانوني أو الأخلاقي، أو السياسي أو الاجتماعي؛ لذلك سوف يذهب اهتمامنا في هذا

---

(٢) محمد الخضرواي، الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية، بحث منشور في الجديد نيوز، بتاريخ ٢٠٢٠/٣/٩، ص ١، www.aljadidnews.ma

(٣) بدأ الحظر الجزئي اعتباراً من الساعة الخامسة مساء حتى الساعة الرابعة صباحاً، وفقاً لقرار مجلس الوزراء رقم (٢٠٢٠/٣٩١)، والصادر بتاريخ ٢٠٢٠/٣/١١، ومن ثم ألحقه عدة تعديلات على ميعاد الحظر وتحديده.

(٤) صدر قرار مجلس الوزراء بجلسته المنعقدة بتاريخ ٢٠٢٠/٥/٨، بفرض حظر شامل للتجول في جميع أنحاء البلاد، اعتباراً من الساعة الرابعة عصراً من يوم الأحد الموافق ١٠ مايو٢٠٢٠ حتى يوم السبت الموافق ٣٠ مايو ٢٠٢٠.

البحث إلى الجانب القانوني من آثار فيروس كورونا، وبصفة خاصة فيما يتعلق بعقد الإيجار.

يعتبر عقد الإيجار من أكثر العقود شيوعاً في أي مجتمع، على اعتبار أن أغلب السكان لا يمكلون منازلهم، وأغلب التجار لا يملكون متاجرهم، والصناع والحرفيون لا يملكون الأماكن التي يمارسون فيها نشاطهم؛ لذلك نجد أن عقد الإيجار من العقود المهمة لأغلب أفراد المجتمع.

والمشرع الكويتي قد اهتم بعقد الإيجار، ونظمه في القانون المدني، وفي قانون إيجار العقارات، ويلاحظ على القوانين المتعلقة بالإيجار، بأن المشرع يحاول دائماً عمل التوازن في العلاقة الإيجارية بين المؤجر والمستأجر، وأفرد لها نصوصاً خاصة، ولم يكتفِ بتطبيق القواعد العامة في ذلك، فبيّن حقوق والتزامات كل طرف من العلاقة الإيجارية، ووفر حماية للمستأجر في هذه العلاقة، وقرر في حالات معينة إسقاط الأجرة أو إنقاصها في حالة عدم إمكانية المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، ورتب ضمانات على المؤجر في صالح المستأجر، ومنها ضمان عدم التعرض وضمان العيوب الخفية، وبالمقابل وفر المشرع ضمانات قانونية للمؤجر، من أجل وفاء المستأجر بالأجرة الملتزم بها، ومن هذه الضمانات، أنه قرر حق امتياز للمؤجر على المنقولات الموجودة في العين المؤجرة، المادة (١/١٠٧٦) من القانون المدني، والحق في حبس هذه المنقولات المادة (٥٨٨) مدني أو الحجز التحفظي المادة (٧/٢٢٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، وأوجه الحماية هي جزء من تدابير اتخذها المشرع في النصوص القانونية المتعلقة بعقد الإيجار، والقصد منها من ناحية إقامة التوازن في العلاقة الإيجارية، ومن جانب آخر استقرار المعاملات.

وفي إطار استقرار المعاملات، وما يفرضه هذا المبدأ من الالتزام بالعقود التي أبرمها أطرافه، تحت مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين)، وأنه يجب أن تنفذ العقود وفقاً لمبدأ حسن النية، فلا يجوز لأي شخص أن يلتزم بعقد ما[٥]، ومن ثم يتراجع عنه دون مبرر مشروع[٦]. وأوجد المشرع تدابير يمكن لأي طرف من العلاقة الإيجارية

---

(٥) ياسين الكيالي، استقرار المعاملات في زمن القوة القاهرة . فيروس كورونا كوفيد-١٩ نموذجاً، مجلة القانون والأعمال الدولية، جامعة الحسن الأول، المغرب، مختبر البحث، قانون الأعمال، ص٢. WWW.Droitentreprise.com

(٦) نوري حمد خاطر، وظائف حسن النية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥)، مارس ٢٠١٧، سنة ١٩٨٥، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد (١)، السنة الخامسة، العدد التسلسلي (١٧)، الكويت، ص٦٥.

اللجوء إليها لحمايته في ظل هذه الظروف الاستثنائية، والتي قد تجعله عاجزاً عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، بسبب استحالة تنفيذها، أو بسبب صعوبة تنفيذها، بحيث تصبح الالتزامات مرهقة عليه عما كانت من قبل، ومن هذه التدابير، فكرة القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة.

بحثنا يدور حول أثر فيروس كورونا على عقد الإيجار، وبسبب انتشار هذا الفيروس أغلقت تماماً بعض المحلات، وتسببت بعمل جزئي للبعض الآخر من المحلات، فكثير من التساؤلات تثور في هذا الصدد، هل يبقى المستأجر ملتزماً بدفع الأجرة بعدما أغلق محله التجاري؟ وهل المستأجر يستطيع إنهاء عقد الإيجار بسبب ما تعرض له من كساد اقتصادي بسبب القرارات الصادرة من السلطة العامة والمتعلقة بفيروس كورونا؟ هل نجد ما قرره المشرع من نصوص قانونية تحمي المستأجر والمؤجر من هذه المشاكل، وتضع لها حلولاً؟ وهل يمكننا الاستناد إلى نظرية القوة القاهرة أو نظرية الظروف الطارئة لحل المشكلات القانونية الخاصة باستمرارية عقد الإيجار من عدمه وبمدى استحقاق الأجرة من عدمها؟

وفي هذا البحث سوف نحاول أن نوظف النصوص القانونية ذات الصلة بالواقع المعيشي، ومن خلال دراسة النصوص القانونية وتشخيصها، واستخلاص الأحكام القانونية منها، محاولين تحليل هذه النصوص لتبيان حدودها القانونية ونطاق تطبيقها، وإنزال هذه الأحكام المستنبطة من هذه النصوص على الأحداث الواقعية، لذلك سوف يكون منهجنا وصفياً وتحليلياً للنصوص القانونية وتطبيقها على هذه المشكلات.

وفي إطار هذا البحث، نحتاج إلى الولوج إلى القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة، لتبيان إمكانية تطبيقها على المشكلات الناتجة عن العلاقة الإيجارية، ومن ثم نذهب لنستعرض أثر فيروس كورونا على عقد الإيجار وعلى الأجرة.

وفي سبيل الإحاطة بهذا الموضوع اقتضت الدراسة أن تكون خطة البحث مقسمة إلى:

المبحث الأول: فيروس كورونا قوة قاهرة أم ظروف طارئة.

المبحث الثاني: فيروس كورونا وأثره على إنهاء العلاقة الإيجارية وعلى الأجرة.

المبحث الأول
فيروس كورونا قوة قاهرة أم ظروف طارئة

انطلاقاً من فكرة أن (العقد شريعة المتعاقدين) وما ينبع عنها من مبادئ ثلاثة، أولها وهو مبدأ سلطان الإرداة، وأن الأفراد أحرار في تعاقداتهم بما لا يخالف النظام العام والآداب، وثانيها يتمثل في احترام العقود والمواثيق وتنفيذها بحسن نية، وثالثها وجوب استقرار المعاملات.

فهذه المبادئ الثلاثة تفرض على أطراف العقد والقضاء احترام مضمون العقد، ولا يجوز لأحد طرفي العقد أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه إلا بالاتفاق، أو بما يقضي به القانون. ولكن انتشار فيروس كورونا، ترك آثاراً سلبية واضحة على العلاقات القانونية بوجه عام والعلاقات التعاقدية بوجه خاص، وبدأت تهدد هذه الروابط بسبب صعوبة أو استحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها، أو التأخير في تنفيذها(٧).

لذا نجد في جميع قوانين دول العالم، يكون هناك تصور مسبق للأوضاع الاستثنائية، وتحاول أن تنقذ هذه العلاقات التعاقدية أو الروابط القانونية عبر وسيلتين قانونيتين، وهما نظرية القوة القاهرة، ونظرية الظروف الطارئة عندما يكون تنفيذ الالتزامات التعاقدية مستحيلاً أو صعباً.

وتأسست هاتان الفكرتان على أساس العدالة، على اعتبار أنه لا تكليف بمستحيل، أو لا تكليف بما يتجاوز أو يرهق الإنسان العادي، فليس من العدل أن يحاسب المدين عن تخلفه عن التزام تعاقدي، إذا كان الإخلال راجعاً إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، أو أن يجد المدين نفسه ملتزماً بالتزام يفوق ما اتفق عليه بالعقد، بحيث يؤدي ذلك إلى إرهاقه وإلحاق الخسائر الكبيرة له، دون أن يكون السبب في هذا الاختلال في قيمة الالتزام، لذلك العدالة تحتم أنه لا يحاسب المدين إذا كان عدم التنفيذ لا يرجع إليه، وإنما يرجع إلى سبب أجنبي، وكذلك لا يحاسب المدين إذا وجد صعوبة في تنفيذ التزامه عن الحد المعقول، ويجب في هذه الحالة معالجة الاختلال في التوازن العقدي، وإرجاع الأمور إلى الحد المعقول.

فهل يمكننا اعتبار تداعيات فيروس كورونا هي من قبيل القوة القاهرة، أم هي أقرب إلى نظرية الظروف الطارئة؟

---

(٧) علي الصديقي، أزمة "كورونا" مراجعات في الفكر القانوني المعاصر، مجلة الفقه والقانون، مجلة إلكترونية شهرية، العدد ٩١، مايو ٢٠٢٠، ص ٣٥.
www.majalh.be.ma.:2336-0615.

المطلب الأول
فيروس كورونا والقوة القاهرة

تنص المادة (٢١٥) من القانون المدني على أنه:

"١- في العقود الملزمة للجانبين، إذا أصبح تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه، انقضى هذا الالتزام، وانقضت معه الالتزامات المقابلة على الطرف الآخر وانفسح العقد من تلقاء نفسه.

٢ - فإن كانت الاستحالة جزئية، كان للدائن، بحسب الأحوال، أن يتمسك بالعقد فيما بقي ممكن التنفيذ، أو أن يطلب فسخ العقد".

وتنص المادة (٢٩٣) من القانون المدني على أنه: "عند تعذر تنفيذ الالتزام عيناً، أو التأخير فيه، يجب على المدين تعويض الضرر الذي لحق الدائن بسبب ذلك، ما لم يثبت المدين أن عدم التنفيذ أو التأخير كان لسبب أجنبي لا يد له فيه".

وفقاً لهذه المواد، إذا أصبح تنفيذ التزام أحد أطراف العقد مستحيلاً لسبب لا يد له فيه، وبسبب أجنبي، فإن الالتزام ينقضي، ولا يكون المدين مسؤولاً عن عدم تنفيذ التزامه، وبالتالي لا يكون للطرف الآخر الحق في مطالبة المدين في هذه الحالة بالتعويض نتيجة لعدم تنفيذه التزامه التعاقدي.

وقد يتمثل السبب الأجنبي الوارد في النصوص السابقة في القوة القاهرة، ولذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "تنفيذ العقد يكون مستحيلاً متى كان التنفيذ راجعاً إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي أو سبب أجنبي بصفة عامة لا يد للمدين فيه"(٨). والربط بين المادتين (٢١٥) و(٢٩٣) في أن السبب الأجنبي يستوجب عدم خطأ المدين، بمعنى ألا يكون له يد فيه، وأن لا يسهم في حدوثه، وعدم إمكان توقعه واستحالة دفعه؛ لأن الاستحالة التي تعفي المدين من التعويض عن عدم تنفيذ التزامه هي نفسها التي تؤدي إلى انفساخ العقد(٩).

وإذا كانت هذه النصوص تجعل من القوة القاهرة سبباً أجنبياً، فإن وصف القوة القاهرة ذاتها يحتاج إلى تحديد.

---

(٨) نقض مدني، ١٩٨٦/٤/٢١، مجموعة الهواري، ج ٧، رقم (٨١)، ص ١١٠. نقض مدني، ١٩٨٥/٥/١٣، مجموعة الهواري، ج ٦، رقم (٤٧)، ص ٦٢.

(٩) حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المجلد الأول، المصادر الإرادية للالتزام، الطبعة الثالثة، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٦٠١.

والقوة القاهرة كما يعرفها الفقه العربي هي: "حادث غير متوقع لا يد للشخص فيه، ولا يستطاع دفعه، ويترتب عليه أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً"[١٠]. ومن أمثلتها: ثوران بركان أو وقوع زلزال، حدوث فيضان، هبوب عاصفة، اندلاع حريق، نشوب حرب، صدور تشريع أو أمر إداري.

ولقد عرف المشرع الفرنسي القوة القاهرة في المادة (١٢١٨) من القانون المدني، والتي أضيفت من خلال التعديل على النصوص القانونية الخاصة بالعقد في التعديلات التي تمت في عام ٢٠١٦، حيث نصت على أن: "تتحقق القوة القاهرة في المسائل التعاقدية عندما يمتنع المدين عن تنفيذ التزامه نتيجة حادث خارج عن سيطرته، ولم يكن بالإمكان – على نحو معقول – توقعه عند إبرام العقد، ولم يكن من الممكن تجنب آثاره باتخاذ التدابير المناسبة. وإذا كان المانع مؤقتاً يوقف تنفيذ العقد ما لم يكن التأخر الناجم عنه مبرراً لفسخ العقد، وإذا كان المانع نهائياً يعتبر العقد مفسوخاً بقوة القانون، ويبرأ الأطراف من التزاماتهم طبقاً للشروط المنصوص عليها في المواد ١٣٥١ و١٣٥١/١"[١١].

إن ما أوردناه من أمثلة لا يصدق عليها وصف القوة القاهرة بمجردها، بل يجب أن تتوافر فيها شروط معينة، فيجب لاعتبار أية واقعة أو حادث معين قوة قاهرة، يجب أن تكون هذه الواقعة غير متوقعة، ولا يمكن دفعها[١٢]، وألا يكون للمدين يد في استحالة التنفيذ، وأن تكون الاستحالة دائمة حتى تؤدي القوة القاهرة أثرها في انفساخ العقد. فهل تتوافر هذه الشروط في تداعيات فيروس كورونا؟

ونود التأكيد على أننا نبحث في الإجراءات المتخذة بسبب انتشار فيروس كورونا وما ترتب عليها من آثار، فلا نكيّف فيروس كورونا نفسه فيما إذا كان يمثل قوة قاهرة أم لا، وإنما نتكلم عن الإجراءات والاحترازات التي اتخذت لمواجهة هذا الفيروس، بمعنى آخر، نحن لا نرى أن فيروس كورونا بحد ذاته يمثل قوة قاهرة،

---

(١٠) عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، الناشر دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٩٢، ص ٥٤١. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ٥٤٨.

(١١) محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، ترجمة إلى اللغة العربية للمواد (١١٠) إلى (١٢٣١-٧) من القانون المدني الفرنسي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨، ص ٣٨.

(١٢) تمييز، طعن رقم (٢٠٠٣/٢٢٩)، تجاري، جلسة ٢٠٠٤/٣/٢٧، مجلة القضاء والقانون، السنة ٣١، الجزء الأول، يناير ٢٠٠٧، رقم ٣٥، ص ٢٠٩.

فمثلاً لو أصيب العامل بهذا الفيروس، وترتب عليه أن يمتنع عن الذهاب إلى عمله بسبب مرضه، فإننا لا نكيّف هذه الحالة المرضية كقوة قاهرة، لأنها تفتقد لعنصر الخارجية، وأن الأمر متعلق بحالة العامل النفسية، وغير منفصلة عنه، لذلك نبحث هنا عما أحدث فيروس كورونا وما أجبر الدولة على اتخاذ الإجراءات والاحترازات بسبب فيروس كورونا، فهل هذه الإجراءات أو الاحترازات تمثل قوة قاهرة أم لا؟ يتضح لنا هذا الأمر عند بحث الشروط(١٣).

الفرع الأول
عدم إمكانية توقع الواقعة

وهذا الشرط هو أحد الأسباب التي تجعل تنفيذ الالتزام أثناء قيام القوة القاهرة مستحيلاً، لأنه لو تمكن الشخص العادي من توقع ما قد يحدث من أشياء أو ظروف أو وقائع في المستقبل، لأجل كل ما ينوي القيام به من معاملات إلى حين زوال سبب استحالتها بحدوث هذه الوقائع، فالشخص العادي يرغب في أن يتم تنفيذ العقد الذي أبرمه دون مماطلة أو تأخير؛ لأنه في الأحوال العادية يسأل الشخص عن مماطلته أو تأخيره في تنفيذ التزاماته.

فيجب أن يكون الحادث أمراً غير متوقع، فإذا أمكن توقعه فلا يكون هذا الحادث قوة قاهرة حتى لو استحال دفعه(١٤).

وعدم التوقع يجب أن لا يقاس من جانب المدين بالالتزام فحسب، وإنما من جانب أشد الناس يقظة وحرصاً بالأمور(١٥)، فالمعيار هنا موضوعي وليس ذاتياً، بل هو معيار لا يكتفى فيه بالشخص العادي(١٦)، ولابد أن يكون عدم إمكان التوقع مطلقاً وليس نسبياً خاصاً بالمدين فقط.

---

(١٣) راجع: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، العمل الضار والإثراء بلا سبب والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١، ص ١٢٢٤، وما بعدها. عبد الرسول عبد الرضا وجمال فاخر النكاس، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام والإثبات، الطبعة الرابعة، ٢٠١٥، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ص ٢٥٠. حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص ٦٠٠ وما بعدها.

(١٤) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١٢٢٧. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية والإثراء دون سبب، وفقاً للقانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ١٩٨٥، ص ١١٨.

(١٥) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١٢٢٧. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، المصادر - الأحكام- الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٢٥٨.

(١٦) عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٥٤١.

وعدم إمكان التوقع في المسؤولية العقدية، يكون وقت إبرام العقد، فإذا كانت الواقعة غير ممكنة التوقع وقت إبرام العقد، فهذا يُعد كافياً حتى لو أمكن توقع الحادث بعد قيام العقد وقبل التنفيذ.

وبإنزال هذا المفهوم على الإجراءات والاحترازات المتخذة بسبب انتشار فيروس كورونا، نعتقد بأن شرط عدم التوقع ينطبق تماماً على هذه الإجراءات، فكيف لأي شخص أن يتوقع عند إبرام العقد بأن بلده قد تصاب بفيروس كورونا، وأنه سوف يتم اتخاذ هذه الاحترازات والإجراءات ومنها إغلاق المحلات وتعطيل الأعمال، حتى لو أن الفيروس اكتشف منذ ديسمبر ٢٠١٩. وانتشر في دول متعددة، فكثير من الكوارث والأوبئة التي تخص بلدان معينة أو أقاليم معينة تكون محصورة في نطاقها دون أن تصبح وباءً عالمياً، وهذا الأمر سوف يكون بالطبع للعقود التي أبرمت قبل ظهور هذا الوباء واعتباره وباءً عالمياً، أما بالنسبة للعقود التي أبرمت بعد ظهور الوباء وانتشاره في مختلف الدول، وبعد أن اتخذت عدة دول إجراءات واحترازات لمواجهة هذا الوباء، فإن الأمر قد يكون متوقعاً[١٧].

لذلك نستطيع القول بأنه عند ظهور الفيروس في مدينة ووهان الصينية، لم يكن أحد يتوقع بأنه سيؤثر بهذا الشكل الكبير على جميع نواحي الحياة وبمختلف دول العالم، حتى كبار العلماء والمختصين بالفيروسات والأوبئة لم يتوقعوا هذا الحجم من الانتشار، لذلك لا يمكن للمؤجر أو المستأجر باعتبارهم أشخاصاً عاديين أن يتوقعوا ظهور هذا الفيروس وما ترتب عليه من آثار، وأنه بسبب هذا الفيروس قد يغلق العين المؤجرة ويجعل المستأجر عاجزاً عن سداد الأجرة بسبب توقفه الاضطراري عن العمل.

الفرع الثاني
استحالة الدفع

يجب أن يكون الحادث أو الواقعة مستحيلة الدفع، بمعنى عدم إمكانية دفعها أو مقاومتها أو تلافي آثارها، وبالتالي تخرج عن نطاق القوة القاهرة الحوادث التي من

(١٧) حيث اعتبر القضاء الفرنسي، أن فيروس "chikungunya" الذي ظهر في يناير ٢٠٠٦، لا يمكن اعتباره قوة قاهرة بالنسبة للعقود التي أبرمت في شهر يونيو ٢٠٠٦، حيث إن الأمر كان متوقعاً.

Saint- Denis de la Réunion, 29 déc. 2009, n.08L02114.

Pascale Guiomard, la grippe, les épidémies et la force majeure en dix arrêts, 4 mars 2020, Dalloz actualité, https://www.dalloz-actualite.fr

الممكن دفعها، حتى لو استحال توقعها، فالمدين في المسؤولية العقدية لا يكون حراً في التزامه بمجرد أن تنفيذ الالتزام أصبح صعباً عن الوضع الذي كان يتوقعه، وخصوصاً إن كان أكثر تكلفة عليه، وإنما يلزم أن يصطدم المدين بأمر ما يجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلاً، بحيث يجد المدين نفسه أمام استحالة في التنفيذ؛ لأنه لا يستطيع أن يدفع هذه الحالات وآثارها[١٨].

وتقدر القدرة على الدفع على أساس معيار الشخص المعتاد، فالعبرة بقدرة مدين معتاد من أواسط الناس، وليس بشخص المدين الذي يدعي عدم قدرته على تفادي القوة القاهرة، فلا يعتد بالخصائص الفردية التي تتعارض مع ما يكون عليه الرجل المعتاد، وخصوصاً تلك المتعلقة بالقدرة الاقتصادية، فيعتبر المدين مقصراً إذا كان في مقدور الرجل المعتاد تفادي آثار القوة القاهرة والوفاء بما يلتزم به طبقاً للعقد.

عدم إمكان الدفع أو تفادي آثار القوة القاهرة يعني أن يكون من المستحيل على المدين تنفيذ التزامه، أما صعوبة التنفيذ أو التنفيذ المرهق أياً كان فهو لا يؤدي إلى توافر الاستحالة ولا يعفي المدين من تنفيذ التزامه.

وفي اعتقادنا أن ما تم من إجراءات احترازية من إغلاق المحلات التجارية، وتعطيل الأعمال وفرض حظر تجول وإعلان حالة الطوارئ، كل هذه الإجراءات اتخذت من قبل الدولة لمواجهة فيروس كورونا، فكيف يكون للشخص العادي سواء أكان مؤجراً أم مستأجراً أن يتفادى إغلاق المحلات أو تعطيل العمل الاضطراري، وأن هذا الأمر لا يرتبط بشخص المدين فقط، وأنه يسري على الناس جميعاً، لأن هذه الإجراءات والاحترازات متخذة من قبل السلطة العامة، ويلتزم بها جميع الناس وليس المدين فقط، فهذا الشرط متوافر أيضاً في تداعيات فيروس كورونا.

الفرع الثالث
غياب يد المدين في استحالة التنفيذ

يجب ألا يكون للمدين يد في استحالة التنفيذ، فإذا تسبب المدين بخطئه في حدوث الواقعة، فلا تتوافر القوة القاهرة، فالمدين يكون هو السبب في إحداث الواقعة وما ترتب عليها من ضرر قد يصيب الدائن. ويدخل ضمن إطار خطأ المدين، تهاون

---

(١٨) حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص ٦٠٤.

المدين في تنفيذ التزامه أو التأخير فيه على الرغم من إعذاره، فالتنفيذ في الوقت المحدد المتفق عليه، كان من شأنه أن يحول دون تحقق أثر القوة القاهرة.

كما يأخذ حكم خطأ المدين، خطأ التابع له، فإذا ساهم تابع المدين في حدوث الواقعة فإن القوة القاهرة لا تتوافر.

ومن السهل إثبات أنه لا يد للمدين في استحالة التنفيذ، فلا يمكن أن ننسب انتشار فيروس كورونا إلى شخص عادي، وحتى بالنسبة للإجراءات المتخذة من قبل السلطة العامة بهذا الشأن، فالسبب فيها لا يرجع إلى خطأ المدين، ففرض حظر التجول وإيقاف الأعمال أو إعلان حالة الطوارئ وتوقف المعاملات، كلها جاءت بقرارات من السلطة العامة لمواجهة هذا الفيروس، ولا ترجع إلى خطأ من المؤجر أو المستأجر، فيكفي المدين أن يثبت أن عدم تنفيذه للالتزام كان خلال هذه الفترة الزمنية لاتخاذ الإجراءات والاحترازات.

الفرع الرابع
الاستحالة يجب أن تكون مطلقة ودائمة

حتى تؤدي القوة القاهرة إلى انفساخ العقد لابد أن تجعل الواقعة تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وهذه الاستحالة لابد أن تكون مطلقة، فلا تكون استحالة بالنسبة للمدين وحده، بل استحالة بالنسبة لأي شخص قد يكون في موقف المدين، كما يجب أن تكون الاستحالة دائمة، أما الاستحالة المؤقتة فهي لا تؤدي إلى انفساخ العقد، وإنما إلى وقفه فقط بحيث يرجع إلى السريان بعد زوال الاستحالة المؤقتة(١٩).

ويستوي بعد ذلك أن تكون الاستحالة مادية أو معنوية، من أمثلة الاستحالة المادية هلاك الشيء على أثر قوة قاهرة، كاحتراق المنزل المؤجر بالكامل، ومن الأمثلة على الاستحالة المعنوية، كما لو تعهد مطرب بالغناء في حفلة غنائية ومات عزيز عنده يوم الحفلة، كان الحادث قوة قاهرة، لما في حالة الوفاة من أثر بالغ في نفسه يستحيل معه تفاديه وقبوله الغناء.

وبتوظيف هذا المفهوم على تداعيات فيروس كورونا، نجد أن الإجراءات والاحترازات الاحتياطية التي اتخذت من قبل السلطة العامة ليست خاصة بالمدين فقط،

(١٩) حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص ٥٢٣. نقض مدني، ٦/٣/ ١٩٧٧، مجموعة النقض المدني، ص ٦١٢. والمادة (١٢١٨) من القانون الفرنسي، بعد التعديلات التي أجريت على النصوص القانونية الخاصة بالعقد في عام ٢٠١٦.

وإنما مرتبطة بالصحة العامة لجميع الشعب، فأغلب المحلات أغلقت، وأغلب الأعمال تعطلت، فمثلاً عند إغلاق المحلات، فالأمر لا يخص مؤجر بعينه، وإنما جميع المؤجرين، وعندما توقفت الأعمال، وحرم أصحابها من أجورهم، فإن هذا الأمر لا يخص مستأجر معين، وإنما كل المستأجرين، فالاستحالة هنا مطلقة.

إذا كانت هذه الإجراءات قد جعلت استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة، إلا أنها قد تكون استحالة دائمة أو مؤقتة على حسب الأحوال، فقد تكون مؤقتة لبعض المستأجرين. مثلاً إذا تم إغلاق المحلات فترة معينة، أو أوقفت الأعمال خلال فترة معينة لتعود بعدها، فهنا إذا سمح بفتح المحلات وباستئناف الأعمال، فهنا الاستحالة لا تكون دائمة وإنما مؤقتة، وهذه الاستحالة قد لا تؤدي إلى انفساخ العقد، وإنما إلى وقفه بعد زوال القوة القاهرة المؤقتة[٢٠]. وقد تكون الاستحالة دائمة بالنسبة لبعض الفروض، كأن يستغرق إغلاق المحلات مدة عقد الإيجار، أو يكون المستأجر قد استأجر مكاناً لممارسة نشاط معين موسمي، وانتهى الموسم دون أن يتم فتح المحل، فهنا الحرمان من الانتفاع استغرق مدة الإيجار، وبالتالي تكون الاستحالة دائمة.

بعد استعراض هذه الشروط، وتطبيقها على فيروس كورونا، فإننا نرى بأنه من الممكن أن نكيّف هذه الإجراءات المتخذة بسبب انتشار فيروس كورونا بالقوة القاهرة[٢١]، دون شك، وإنما أثر القوة القاهرة يعتمد على ما ترتبه هذه الواقعة على استحالة دائمة فتؤدي إلى انفساخ العقد، أو استحالة مؤقتة فتؤدي إلى وقف العقد.

---

(٢٠) جان تابت، وباء كورونا والقوة القاهرة، تعليق على قرار محكمة الاستئناف، Colmar، منشور في مجلة (محكمة)، ص ٤. وانظر: نص المادة (١٢١٨) من القانون الفرنسي.
www.mahkama.net. 13/4/2020.

(٢١) صدر حكم مؤخراً من محكمة استئناف كولمار في فرنسا، الفرقة السادسة، في ٢٠٢٠/٣/١٢، رقم (٢٠٢٠/٨٠)، حيث اعتبرت المحكمة أن فيروس كورونا يتصف فعلياً بالقوة القاهرة.
" Lappélant, M. Victor G. nayant pu être conduit à laudience a la Cour dappel, en raison des circonstances exceptionnelles et insurmontables, revêtant le caractère de la force majeure, liées à lépidémie en cours de covid- 19."
وانظر في التعليق على الحكم: جان تابت، المرجع السابق، ص ٣.
تمييز مدني، طعن رقم (١٨١) لسنة ٢٠١٣، جلسة ٢٠١٤/٧/٢٢، حيث قررت: "أن أعمال السلطات العامة التي يترتب عليها حرمان المستأجر من الانتفاع بالمأجور أو الإخلال بالانتفاع به، اعتبارها من قبيل القوة القاهرة".
Luc Grynbaum, Force majeure et épidémie de Covid -19: une première décision vient dêtre rendue, le club des juristes, 25 mars 2020. www.leclubdesjuristes.com.

المطلب الثاني
فيروس كورنا والظروف الطارئة

في العقود الزمنية والعقود الفورية متراخية التنفيذ، تنفيذ العقد يتراخى لمدة زمنية معينة، كما هو في عقد التوريد وعقد الإيجار وعقود المقاولات، فقد يتعرض أطراف العقد لمخاطر خلال مدة تنفيذ العقد، وقد تحدث ظروف استثنائية غير متوقعة تؤدي إلى الاختلال في التوازن الاقتصادي للعقد عما كانت عليه وقت إبرام العقد، بسبب تغير الظروف الاقتصادية التي كانت توازن العقد عند تكوينه، وعند وقت التنفيذ. هذا الاختلال في التوازن الاقتصادي للعقد يرهق المدين في الالتزام، ويكون إلزامه بتنفيذ الالتزام طبقاً لما ورد في العقد متعارضاً مع العدالة(٢٢).

فالأطراف قد تعاقدوا في ظروف معينة وفي حدود المتغيرات المتوقعة، فإذا حدث حادث مفاجئ وبشكل استثنائي، وغير متوقع، وأحدث تغييراً في هذه الظروف الاقتصادية بشكل كبير، بحيث لو طلب من المدين تنفيذ ما التزم به في العقد لتكبد خسارة فادحة ومرهقة، لذلك يتدخل المشرع دفعاً لأي خلاف أو نقاش لينظم هذه الظروف من أجل إعادة التوازن الاقتصادي ورفع الإرهاق عن كاهل المدين، فنظم بما يسمى بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني، وطبقاً للمادة (١٩٨): "إذا طرأت، بعد العقد وقبل تمام تنفيذه، ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشئ عنه، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بأن يضيق من مداه أو يزيد في مقابله، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

لم يكتفِ المشرع، بما ورد بخصوص نظرية الظروف الطارئة في النظرية العامة للعقد، وإنما جعل لهذه النظرية تطبيقاً تشريعياً خاصاً في عقد الإيجار(٢٣)، حيث نصت المادة (٦١٠) من القانون المدني على أنه: "١- إذا حدث لأحد طرفي العقد ظروف غير متوقعة من شأنها أن تجعل استمرار الإيجار مرهقاً، جاز للقاضي بناء على طلبه، وبعد الموازنة بين مصالح الطرفين، إنهاء الإيجار مع تعويض الطرف الآخر

(٢٢) حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص ٤٢٣. عبد الرسول عبد الرضا وجمال النكاس، مرجع سابق، ص ١٦٧. عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص ٣٦٦.

(٢٣) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس، الإيجار والعارية، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ١١٣٩. محسن البيه، عقد الإيجار في القانون المصري، مكتبة الجلاء الجديدة، ٢٠٠٧، المنصورة، ص ٤١٧.

تعويضاً عادلاً. ٢- فإذا كان المؤجر هو الذي يطلب إنهاء العقد فلا يجبر المستأجر على رد المأجور حتى يستوفي التعويض أو يحصل على تأمين كافٍ".

هذا النص هو تطبيق تشريعي في عقد الإيجار لنظرية الظروف الطارئة التي قررتها المادة (١٩٨) من القانون المدني. ولخصوصية عقد الإيجار، أتى هذا النص مخالفاً للنص العام في نظرية الظروف الطارئة في بعض التفاصيل، وورد الاختلاف في جانبين[٢٤]: الأول أن المشرع لم يشترط في المادة (٦١٠) بخلاف النص العام أن يكون الحادث الاستثنائي عاماً، ومن جانب آخر أجاز النص بخلاف النص العام إنهاء الإيجار ولم يقتصر على رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[٢٥].

يرى بعض الفقه أن فكرة العذر الطارئ لا تعتبر تطبيقاً تشريعياً لنظرية الظروف الطارئة، وإنما هو مبدأ خاص له شروطه وأحكامه، ويتخذون من أوجه الاختلاف بين فكرة العذر الطارئ ونظرية الظروف الطارئة أسباباً لهذا الرأي، بحيث إن العذر الطارئ يعتد به حتى لو كان خاصاً بأحد المتعاقدين، بينما في نظرية الظروف الطارئة يجب أن يكون الظرف عاماً وليس خاصاً بالمدين، كما أنه في العذر الطارئ يمكن إنهاء العقد بينما لا يمكن ذلك في ظل نظرية الظروف الطارئة وإنما يكتفى بتعديل العقد بالقدر المعقول[٢٦].

---

(٢٤) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١١٤٣.

(٢٥) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني في تعليقها على المادة (٦١٠) من القانون المدني. ولقد أكد القضاء الإماراتي على نظرية الظروف الطارئة في عقد الإيجار وتوسعها من حيث الجزاء عن النظرية العامة للظروف الطارئة، حيث قضت المحكمة الاتحادية العليا بأنه: "إن مفاد النص في المادة (٧٩٤/١) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي أنه يجوز لأحد المتعاقدين لعذر طارئ يتعلق به أن يطلب إنهاء عقد الإيجار... وهذا النص قد وسع بين نظرية الحوادث الطارئة، وخروجاً على المبدأ العام المقرر في هذه النظرية من أن يكون الحادث شخصياً بأحد المتعاقدين ولم يكن في وسعه توقعه من شأنه أن يجعل تنفيذ الإيجار مرهقاً، ومن شأنه لو صح تقع به خسارة فادحة لو استمر في تنفيذ الإيجار إلى نهاية السنة". المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم (٤٧٢) لسنة ٢٧ قضائية، جلسة ١٢/١٩/ ٢٠٠٥، مشار إليه لدى خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد، دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلب الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، أكتوبر ٢٠١٧، ص ٦٥.

(٢٦) علي عادل محمد، العذر الطارئ في عقد الإيجار، وطبيعة علاقته بنظرية الظروف الطارئة، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد (٦٥)، لسنة ٢٠١٦، ص ١٢٠.خميس ناصر عبد الله المنصوري، مرجع سابق، ص ٦٥.

على الرغم من وجاهة الرأي السابق، إلا أننا نميل إلى اعتبار نص المادة (٦١٠) من القانون المدني، تطبيقاً تشريعياً لنظرية الظروف الطارئة، ووجود بعض الاختلافات في الشروط والأحكام استوجبتها الطبيعة الخاصة لعقد الإيجار، ولا تجعل من العذر الطارئ مبدأ مستقلاً عن نظرية الظروف الطارئة، وما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني عند تعليقها على هذا النص يدعم وجهة نظرنا.

تبنى المشرع الكويتي مبدأ إنهاء الإيجار بالعذر من الفقه الإسلامي، فقد أجاز الحنفية فسخ عقد الإيجار بالعذر[٢٧]، إذا أصاب أحد أطراف العقد ضرر ليس من مقتضى عقد الإيجار، فله أن ينهي عقد الإيجار، "إذ لا يجوز تحميل أحد المتعاقدين ضرراً لا يقتضيه العقد، فإذا كان باستيفاء المعقود عليه ضرر بالنفس أو المال، تنفسخ الإجارة، لأنه لما كانت المنافع وهي المعقود عليه غير مقبوضة، فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع، تنفسخ به، إذ المعنى بجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه ألا يتحمل ضرر زائد لم يستحق به"[٢٨].

فالمشرع يعطي العذر لكلا الطرفين في عقد الإيجار، فإذا لحق أحد الأطراف بسبب ما استحدث من ظروف استثنائية غير متوقعة ولا يستطيع دفعها وسبب له خسارة فادحة، وكانت هذه الخسارة مما لا يقتضيه العقد، وإنما بسبب الظروف الاستثنائية فيكون للمتضرر سواء أكان المؤجر أم المستأجر أن ينهي عقد الإيجار قبل أوانه، لرفع هذه الخسارة عن كاهله.

ويستفاد من نص المادة (٦١٠) من القانون المدني أن هناك شروطاً يجب توافرها لانطباق النص.

ذهبنا إلى أن نص المادة (٦١٠) من القانون المدني هو تطبيق تشريعي لنظرية الظروف الطارئة في النظرية العامة للعقد، وإن اختلفت معها في بعض التفاصيل. وشروط نظرية الظروف الطارئة في النظرية العامة هو وجود حادث استثنائي عام غير متوقع في عقد متراخي التنفيذ، وأن يقع هذا الحادث بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه، وأن يؤدي الحادث إلى أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً[٢٩].

(٢٧) محمود علي مصلح السرطاوي، أحكام عقود إجارة المؤسسات المالية الإسلامية، في فترة وباء كورونا، ورقة عمل مقدمة في ندوة البركة الأربعون للاقتصاد الإسلامي، وقف اقرأ للإنماء والتشغيل، الرابط: www.albaraka.org. عبد الودود يحيى، مرجع سابق، ص ١٧٧.

(٢٨) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني في تعليقها على المادة (٦١٠) من القانون المدني.

(٢٩) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، نظرية الالتزام، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ١٩٩٨، ص ٢٨٠. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مطبعة نهضة مصر، ١٩٨٤، القاهرة، ص ٥٦٤.

بوجود نص المادة (٦١٠) من القانون المدني، وجب علينا أن نستعرض شروط تطبيق هذه المادة، والنظر في مدى إمكانية تطبيقها على تداعيات فيروس كورونا، وتتمثل هذه الشروط في:

الفرع الأول
ظروف استثنائية تستجد بعد إبرام العقد

يجب أن يوجد حادث استثنائي غير عادي يخالف المعتاد من الأمور، مثل حرب أو زلزال، أو صدور تسعيرة جبرية، أو إلغاء تسعيرة، أو انتشار وباء، أو صدور تشريع، وما يختلف فيه التطبيق التشريعي الخاص بعقد الإيجار عن النظرية العامة للظروف الطارئة أنه لا يشترط هنا أن يكون الحادث عاماً يشمل جميع الناس، بل يمتد للظروف الخاصة والشخصية للمؤجر أو المستأجر حتى لو لم تكن ماسة بجميع الناس. فقد يقوم العذر بالمستأجر كإفلاسه، فإن استأجر شخص من آخر حانوتاً ليتجر فيه ثم أفلس، فإن له أن يتمسك بهذا العذر ويفسخ عقد الإيجار، أو أن يغير المستأجر حرفته أو ينتقل من التجارة إلى الزراعة، أو أن يصاب الطبيب الذي استأجر عيناً معينة كعيادة طبية ثم يمرض ويقعده هذا المرض عن مزاولة مهنته، أو ينتقل المستأجر إلى بلد آخر. وقد يقوم العذر بالمؤجر، كأن يلحق المؤجر دين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن العين المؤجرة، أو أن تحتاج العين المؤجرة إلى ترميمات ضرورية، وتكون نفقات هذه الترميمات مرهقة للمؤجر، أو أن يتعهد المؤجر بإقامة بناء يكمل به العين المؤجرة، ثم جدت ظروف غير متوقعة تجعل القيام بالبناء مرهقاً للمؤجر.

ويجب أن يظهر الحادث بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه، فالظرف يجب أن يطرأ خلال تلك الفترة، أما إذا وقع الحادث قبل قيام العقد، فالأطراف كانوا على علم به، واتخذوا من الاحتياطات ما يحافظ على مصالحهم عند إبرام العقد، بمعنى أن العقد قد توازن اقتصادياً في ظل تلك الظروف المعلومة[٣٠]. كذلك لا ينطبق النص إذا وقع الحادث بعد تمام تنفيذ العقد كاملاً؛ لأن الحادث الذي وقع لا يؤثر فيما تم تنفيذه من العقد، أي أن يتم التنفيذ دون إرهاق.

هذا الشرط متصور في حالة تداعيات فيروس كورونا، إذا ظهر هذا الفيروس خلال سريان عقد الإيجار، وقبل تمام تنفيذه، ولما يمثله هذا الحادث من صفة

(٣٠) عبد الودود يحيى، مرجع سابق، ص ١٧٩.

استثنائية غير عادية، وبالتالي فإن إغلاق المحلات بالنسبة للمؤجرين وإيقاف الأعمال بالنسبة للمستأجرين أمور غير عادية، وتخالف المعتاد من الامور.

الفرع الثاني
الحادث الاستثنائي غير متوقع

فإذا كان الحادث متوقعاً، أو كان يمكن توقعه، فلا ينطبق هذا النص ولا يمكن الاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة، وعلى ذلك لا يكون هناك عذر طارئ إذا توقع المستأجر وقت إبرام العقد أنه سوف يترك مهنة المحاماة أو الطب فلم يعد بحاجة إلى المكتب أو العيادة التي استأجرها. كذلك إذا ترك مهنته مختاراً لتولي وظيفة معينة أو عمل آخر أو التقاعد. ويرجع في تحديد إمكانية التوقع إلى معيار موضوعي، وهو معيار الشخص المعتاد، فيجب أن لا يكون في مقدور الشخص العادي أن يتوقع حصوله لو وجد في ظرف المدين نفسه وقت التعاقد، بصرف النظر عن توقع المدين فعلاً حصول الحادث الطارئ، أو عدم توقعه[٣١]. فالحرب قد تعتبر متوقعة أو غير متوقعة بحسب الظروف المحيطة بها.

ولا يكفي أن يكون الحادث غير متوقع فقط ولكن أيضاً غير ممكن دفعه وتفاديه[٣٢]، فإذا كان الحادث غير متوقع ولكن بالإمكان تفاديه أو تفادي ما يترتب عليه من آثار فلا تنطبق عليه نظرية الظروف الطارئة، فالمدين يكون مقصراً لعدم قيامه بما يلزم لتفادي آثار الحادث، ومن ثم لا مجال لتحميل الدائن أعباء تقصير المدين، وتقدير ما إذا كان الحادث متوقعاً ولا يمكن تفاديه مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضي الموضوع.

وهل الإجراءات والاحترازات المتخذة بسبب انتشار فيروس كورونا غير متوقعة ولا يمكن تفاديها، كما ذكرنا عند الكلام عن القوة القاهرة، إن الشخص العادي لا يتصور أن يتوقع انتشار الفيروس في بلده، مما يجعل السلطة العامة تتخذ التدابير والاحترازات اللازمة لمواجهته، وأنه قد يتأثر بهذه التدابير من إغلاق المحلات، وإيقاف الأعمال وغيرها. فهل كان المستأجر يتوقع عند إبرام عقد الإيجار بأن فيروس كورونا سيظهر وسينتشر في الكويت، ونتيجة لذلك سوف تغلق السلطات العامة في الكويت

---

(٣١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، في تعليقها على المادة (٦١٠) من القانون المدني.

(٣٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، في تعليقها على المادة (٦١٠) من القانون المدني. عبد الرزاق السنهوري، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص ١١٤٨.

المحلات وتوقف الأعمال، فيحرم نتيجة لذلك من أجره المعتاد، ويصبح عاجزاً عن سداد أجرة السكن أو المحل، الأمر بلا شك بعيد عن تصور الشخص العادي، وخصوصاً لمن كانت عقودهم قد أبرمت قبل ظهور الفيروس لأول مرة، والأمر نفسه بالنسبة للمؤجر، فهل كان يتوقع وقت إبرام عقد الإيجار للمحل التجاري أن السلطات العامة سوف تغلق هذه المحلات ومن ضمنها محله، وبالتالي يصبح عاجزاً عن تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة.

الفرع الثالث
الحادث يجعل تنفيذ الإيجار مرهقاً

يجب ألا يؤدي وقوع الحادث إلى استحالة التنفيذ، لأنه لو كان كذلك فإن العقد ينفسخ بقوة القانون، وهذا الفرق بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة، فالظرف الطارئ يجعل تنفيذ الالتزام ممكناً ولكنه يكون مرهقاً لا مستحيلاً(٣٣)، أما القوة القاهرة فتجعل تنفيذ الإيجار مستحيلاً، فيجب أن يكون التنفيذ ممكناً ولكنه يؤدي إلى إرهاق المدين أي إلى تعرضه إلى خسارة فادحة.

فإذا احتاجت العين المؤجرة إلى ترميمات ضرورية ذات نفقات فادحة، لا تتناسب مع الأجرة والمدة الباقية لعقد الإيجار، فإن هذا الأمر يكون مرهقاً للمؤجر ويحق له أن يستند إلى نظرية الظروف الطارئة.

والإرهاق الذي يقع على أحد الطرفين معناه أن تقع به خسارة كبيرة أو فادحة لو أنه استمر في تنفيذ الإيجار إلى نهاية مدته، فلو أن طبيباً استأجر مكاناً ليشغله عيادة طبية له، ثم أصيب بمرض أقعده الفراش وجعله عاجزاً عن ممارسة مهنته طول مدة الإيجار، فالخسارة هنا فادحة لأنه سوف يلتزم بدفع الأجرة طوال مدة العقد دون أن ينتفع به، فيجوز له أن يستند إلى نظرية الظروف الطارئة لإنهاء عقد الإيجار.

وتقدير معيار الإرهاق يرجع فيه إلى الصفقة ذاتها، دون النظر إلى قدرة المدين أو شخصيته أو ظروفه، فالعبرة في اقتصاديات العقد، فالخسارة الفادحة غير المعتادة يجب أن تكون بالنظر إلى اقتصاديات العقد(٣٤). فلو أن الطبيب الذي استأجر مكاناً

---

(٣٣) Atmani Bilal et Delebecque Philippe la théorie de limprévision étude en droit algérien et français, (4), RescrchGate, les Annales de luniversité dAlger,1, n.33, Tome II/septembre 2019, p. 544.

(٣٤) عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص ٣٦٥. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص ٢٨٤.

ليجعله عيادة له، وأصيب بمرض أقعده الفراش، وجعله غير قادر على الانتفاع بالعيادة، حتى لو كان يملك ثروة مالية طائلة، أو كان مقتدراً مالياً، ولا تؤثر عليه مجموع الأقساط التي سيدفعها، فإنه يستطيع التمسك بنظرية الظروف الطارئة وطلب إنهاء العقد.

هذا الشرط من السهل توافره في حالة تداعيات فيروس كورونا، فالعيادات الطبية الخاصة التي أغلقت منذ بدء ظهور فيروس كورونا، فإلزام الأطباء المستأجرين لهذه العيادات بدفع الأجرة فترة طويلة دون أن ينتفعوا بالعيادة، تلحقهم خسارة فادحة، والأمر نفسه بالنسبة للمحلات المستأجرة في المجمعات التجارية التي أغلقت، فدفعهم للأجرة خلال هذه الفترة سوف يلحقهم بإرهاق وخسارة فادحة، كما أن المستأجرين الذين توقفوا عن العمل بأمر من السلطات العامة، وليس لهم أي دخل آخر، فإن هذا الأمر أيضاً يلحقهم بخسارة فادحة تجعلهم عاجزين عن دفع أجور مساكنهم المؤجرة.

بعد استعراض الشروط، رأينا أنه من الممكن وصف الإجراءات المتخذة بسبب فيروس كورونا بظروف طارئة.

في النهاية إذا كان من الممكن أن توصف هذه الإجراءات والاحترازات بالقوة القاهرة أو بالظروف الطارئة، فما أثر ذلك على عقد الإيجار وعلى حقوق والتزامات أطراف عقد الإيجار.

المبحث الثاني
فيروس كورونا وأثره على إنهاء العلاقة الإيجارية وعلى الأجرة

بعد أن استعرضنا نظرية القوة القاهرة، ونظرية الظروف الطارئة، وجدنا أن من الممكن أن تتصف تداعيات فيروس كورونا بالقوة القاهرة أو الظروف الطارئة، ونتيجة لذلك من الممكن أن تؤثر على عقود الإيجار، ولأن عقود الإيجار تتنوع بحسب الغرض منها ما بين عقود استئجار لغرض السكن، أو لممارسة التجارة، أو بغرض الزراعة، أو لممارسة مهنة.. أوغيرها. فإننا ارتأينا أن نبحث في أثر تداعيات فيروس كورونا على عقد الإيجار السكني وعقود الإيجار لغرض غير السكن؛ وذلك لاختلاف الأحكام فيما بينهما.

المطلب الأول
أثر فيروس كورونا على عقد الإيجار السكني

إن عقود الإيجار بغرض السكن تخضع في الكويت لقانون إيجار العقارات رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٨، وهذا القانون لم ينظم ضمن أحكامه قواعد خاصة بالقوة القاهرة أو بنظرية الظروف الطارئة، ولما كان القانون المدني هو الشريعة العامة لقانون إيجار العقارات في الأمور التي لم ينظمها القانون الأخير، فلذلك علينا الرجوع للقواعد العامة بما يتوافق مع القواعد القانونية الخاصة بقانون إيجار العقارات، لتبيان فيما إذا كان من الممكن تطبيق القوة القاهرة أو نظرية الظروف الطارئة على هذا العقد.

الفرع الأول
القوة القاهرة وعقد الإيجار السكني

الفرضية هنا، أن أحد الأشخاص استأجر منزلاً بغرض السكن مقابل أجرة معينة، وبسبب انتشار فيروس كورونا في دولة الكويت، قررت السلطات العامة إيقاف الأعمال في قطاعات كثيرة، فالمستأجر مثل غيره أقعد عن العمل، وحرم من الأجر الذي يتقاضاه مقابل العمل الذي يؤديه، وبالتالي أصبح عاجزاً عن سداد الأجرة للمؤجر عن العين المؤجرة التي يشغلها، فهل يتمسك بالقوة القاهرة، بمعنى أن يتمسك بالإجراءات التي اتخذت لإيقاف الأعمال، ويتحلل من التزامه بدفع الأجرة؟

عرفنا أن شروط القوة القاهرة أن الواقعة غير متوقعة، ولا يمكن دفعها، وألا يكون للمدين يد فيها، وأن تؤدي إلى الاستحالة الدائمة لتنفيذ الالتزام. في هذه الفرضية المؤجر نفذ الالتزام الذي عليه ومكَّن المستأجر منذ إبرام العقد بالانتفاع

بالعين المؤجرة، والمستأجر مستمر بالانتفاع بالعين المؤجرة، لكنه عاجز عن سداد الأجرة، ومن المعروف أن التزام المستأجر بالوفاء بالأجرة هو التزام بدفع مبلغ من النقود، وهذا الالتزام ممكن دائماً بحكم القانون ولا يكون مستحيلاً(٣٥)، ولذلك ليس للمستأجر التذرع بإيقاف العمل بقرار من السلطة العامة واعتبارها قوة قاهرة للتحلل من التزامه بدفع أجرة السكن، وإذا تخلف المستأجر عن الوفاء بالأجرة لهذا السبب فإنه يكون تحت طائلة حكم المادة (١/٢٠) من قانون إيجار العقارات وحق عليه الإخلاء، وفي ذلك تنص المادة على أنه: "استثناء من أحكام المادة (١٩) لا يجوز للمؤجر أن يطلب – ولو عند انتهاء مدة الإيجار – إخلاء العين المؤجرة فيما عدا الأراضي الفضاء إلا لأحد الأسباب التالية:

١ – إذا لم يدفع المستأجر الأجرة المستحقة عليه وفق شروط العقد أو وفق الحكم الصادر بتحديدها خلال عشرين يوماً من تاريخ استحقاقها المقرر في المادة (١٠).. ".

وفي هذه الحالة يستطيع المؤجر إخلاء المستأجر من العين المؤجرة من خلال حكم قضائي بالإخلاء وإنهاء عقد الإيجار، مع بقاء التزام المستأجر قائماً في دفع المستحق عليه من الأجرة.

إذن نظرية القوة القاهرة لا تسعف المستأجر من الإيجار السكني لإعفائه من دفع الأجرة، ويكون مسؤولاً عن عدم دفع الأجرة، حتى لو حالت الظروف بينه وبين قدرته على الوفاء بالأجرة بسبب إيقاف العمل بقرار من السلطة العامة.

---

(٣٥) عبد الرسول عبد الرضا وجمال فاخر النكاس، الوجير في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، الطبعة الثالثة، ٢٠١٥، دار الكتب، الكويت، ص ٣٧.
"من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لانقضاء الالتزام أن يطرأ عليه بعد نشوئه سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، يجعل تنفيذه مستحيلاً استحالة مطلقة بالنسبة للكافة، وليس بالنسبة للبعض دون البعض الآخر، ويستوي بعد ذلك أن تكون الاستحالة قانونية أو فعلية، فإن لم يكن من المستحيل على المدين تنفيذ التزامه استحالة مطلقة بالوصف السابق، كأن تحول دون تنفيذه ظروف شخصية تحيط بالمدين، فإنه يقتضي القول بانقضاء الالتزام حتى ولو كان مرهقاً له، وإذا كان محل التزام المدين هو أداء مبلغ من النقود فهو التزام لا ترد عليه بطبيعته الاستحالة المطلقة بل هو ممكن دائماً". تمييز، طعن رقم (٣٥٥) لسنة ٢٠٠١، تجاري، جلسة ٢٠٠٢/٤/٢٨م.

الفرع الثاني
الظروف الطارئة وعقد الإيجار السكني

إذا لم يكن بوسع المستأجر لغرض السكن التمسك بالقوة القاهرة، فهل له أن يتمسك بالظروف الطارئة؟ بمعنى هل يستطيع أن يعتبر إيقاف العمل بقرار من السلطة العامة وما ترتب عليه من عجزه عن الوفاء بالأجرة عذراً له للتحلل من هذا الالتزام؟

لم يرد نص في نظرية الظروف الطارئة في قانون إيجار العقارات، وإنما ورد تطبيق تشريعي لها في القانون المدني خاص بعقد الإيجار وهي المادة (٦١٠)، وبمقتضى هذه المادة إذا حدث لأحد طرفي العقد ظروف غير متوقعة من شأنها أن تجعل استمرار الإيجار مرهقاً له، جاز للقاضي بناء على طلبه، وبعد الموازنة بين مصالح الطرفين، إنهاء الإيجار مع تعويض الطرف الآخر تعويضاً عادلاً، فهذا النص يسمح للمستأجر أو المؤجر إن حدث لأي منهما ظرف ما غير متوقع وغير ممكن الدفع، وجعل من استمرار الإيجار إرهاقاً له، أن يلجأ إلى المحكمة لطلب إنهاء العقد مع استحقاق التعويض العادل للطرف الآخر.

وبالرجوع لفرضية المستأجر الذي عجز عن الوفاء بالأجرة، بسبب إيقاف العمل في مختلف القطاعات بقرار من السلطة، بسبب تداعيات فيروس كورونا، نجد أن هذا الظرف كان غير متوقع للمستأجر، ولا يمكنه دفعه، وبسبب إيقاف العمل وعجزه عن سداد الأجرة يكون هناك إرهاق للمستأجر لأنه غير قادر عليها تماماً، وإن تأجلت الأجرة فإنها سوف تتراكم عليه ويعجز عن الوفاء بها بعد زوال الأزمة، لذلك نجد أن هذا الظرف أو الحادث يمثل ظرفاً طارئاً للمستأجر يعطيه العذر بأن يطلب من القاضي إنهاء عقد الإيجار.

وبالتأكيد فإن هذا الحكم لا يطبق تلقائياً وبقوة القانون، وإنما يخضع لتقدير القاضي وبعد الموازنة بين مصالح الطرفين، له أن يقرر إنهاء عقد الإيجار أو يرفض هذا الطلب، فالإنهاء يكون بحكم قضائي وليس بإرادة المستأجر.

يجوز للمستأجر متى رأى أنه غير قادر على الوفاء بالأجرة، وأنه في حالة الاستمرار بعقد الإيجار سوف تلحقه خسارة فادحة، وكان ذلك راجعاً لأسباب ترجع إلى ظروف طارئة، يكون له حق طلب إنهاء عقد الإيجار، حتى لو كانت هذه الأسباب شخصية ترجع إلى المستأجر وحده، لأننا رأينا في المادة (٦١٠) من القانون المدني أنه لا تتطلب أن يكون الظرف أو الحادث الاستثنائي عاماً، وبالتالي حتى لو رجعت الأسباب إلى شخص المستأجر وحده كإفلاسه أو وفاته أو عجزه عن السداد بسبب

ظرف طارئ[٣٦]. وهذا الاختلاف يجد أهميته في عقود الإيجار، نظراً لخصوصية هذا العقد واستمراره فترة من الزمن، ومن غير الممكن تقليل الالتزامات فيه، سواء من ناحية الأجرة أو من ناحية العين المؤجرة، لذلك المشرع في المادة (٦١٠) لم يعطِ للقاضي صلاحية إعادة التوازن الاقتصادي بالعقد، بأن يرجع الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وذلك إما بزيادة الالتزام بالمقابل، او بإنقاص مدى الالتزام المرهق، فهذا الأمر لا يتناسب مع عقد الإيجار، فالأجرة هي وحدة واحدة تقابل العين المؤجرة، فإذا كانت الأجرة مرهقة، فكيف للقاضي أن يخفضها وهي أصلاً مقررة لتقابل العين، وبالمقابل لا يستطيع القاضي زيادة التزمات المؤجر، فهل يطلب منه زيادة في العين المؤجرة، لذلك هذا الأمر لا يتناسب مع عقد الإيجار، لذلك أعطى المشرع الصلاحية للقاضي في مثل هذه الأمور، إما أن يقضي بإنهاء الإيجار مع التعويض العادل للطرف الآخر، أو أن لا يقضي بذلك متى رأى أن شروط هذه النظرية غير متوفرة، ولا يكون مقبولاً أن يمنح القاضي المستأجر نظرة ميسرة بعد زوال الأزمة، فالأجرة تستحق بشكل دوري، وهذا ما يجعلها تتراكم عليه بعد عدة أشهر، فكيف له أن يوفي بها عند عودته إلى العمل، فالأمر سيبقى مرهقاً بالنسبة له.

بعض الفقه[٣٧] ينادي بدور القاضي بالاستناد إلى قواعد حسن النية إلى تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة وقطع النزاع. وخصوصاً في حالة حصول أزمات عامة، فلا يجب أن يقف القاضي مكتوف الأيدي أمام النصوص القانونية، وإنما يجب عليه أن يرفع الغبن عن أطراف العلاقة، دون أن يقود ذلك إلى تعديل نص أو تأويله، ويمكن تحقيق ذلك بالاعتماد على المبادئ المستنبطة من حسن النية، على الرغم من وجاهة هذا الرأي ونبل غايته، إنما في مثل هذه الحالة يتقيد القاضي بالخيارات المتاحة بالنص، وليس للقاضي إلا أن يحكم في حالة وجود العذر الطارئ إما بإنهاء العقد مع التعويض العادل، أو الإبقاء على العقد إذا لم يتأكد من وجود العذر الطارئ لإنهاء العقد.

وإذا أراد المستأجر طلب إنهاء الإيجار بسبب هذا الظرف عليه أن يراعي ميعاد التنبيه، المادة (٦١٤) من القانون المدني. وبما أننا في الإيجار لغرض السكن، فإنه يراعي مواعيد التنبيه الواردة في قانون إيجار العقارات حسب مدة العقد ووفقاً للمادة

(٣٦) عبد الرزاق السنهوري، الإيجار- العارية، مرجع سابق، ١١٤٥.
(٣٧) نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص ٧٩.

(١٩). بمعنى أنه يجب على المستأجر قبل أن يطلب إنهاء الإيجار للعذر الطارئ أن ينبه المؤجر بالإخلاء حسب المواعيد المقررة في المادة (١٩).

وإذا قرر القاضي إنهاء عقد الإيجار بسبب هذا العذر، كان له أن يحكم بالتعويض للمؤجر تعويضاً عادلاً تراعى فيه الظروف، وهنا يكون التعويض عادلاً وليس كاملاً، والتعويض العادل ليس بالضرورة أن يكون تعويضاً كاملاً، وإنما هو تعويض يقدره القاضي، ويراعي في تقديره أن يقسم الخسارة الناجمة عن إنهاء عقد الإيجار قبل مدته قسمة عادلة بين الطرفين، ولأن هذا التعويض مصدره عقد الإيجار، فمن ثم يكون مضموناً بامتياز وبحبس المنقولات والحجز التحفظي[(٣٨)].

إذن المستأجر في الإيجار السكني إذا عجز عن سداد الأجرة بسبب قرارات إيقاف الأعمال وإغلاق القطاعات التجارية الصادرة من السلطة، فإن ذلك لا يمثل قوة قاهرة بالنسبة له، يستند عليها ليتحلل من الوفاء بالتزامه بسداد الأجرة رغم ظروفه، وإنما يستطيع أن يتمسك بهذا الظرف الطارئ، ويكون له العذر بطلب إنهاء عقد الإيجار مع تعويض المؤجر تعويضاً عادلاً.

المطلب الثاني

أثر فيروس كورونا على عقود الإيجار لغرض غير السكن

إن تداعيات فيروس كورونا طالت عقود الإيجار بمختلف أنواعها، بالإضافة إلى عقود الإيجار السكنية، أثرت أيضاً على عقود إيجار المحلات والمطاعم والمقاهي والصالات الرياضية والصالونات والعيادات الطبية والمكاتب المهنية... وغيرها من الأغراض الأخرى للإيجار. والمعيار الذي يجمع هذه الفروض هو أن ما قد يترتب على الإخلال بالانتفاع يأتي من قبل المؤجر، بحيث إنه لا يستطيع بسبب قرار السلطات العامة تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، على عكس الإيجار لغرض السكن، فالمؤجر ليس لديه أية إشكالية في تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، وإنما الإشكالية تكون من طرف المستأجر بسبب عدم قدرته على سداد الأجرة نتيجة لتوقفه عن العمل بسبب قرارات السلطة العامة.

ويمكن تقسيم هذه المحال المؤجرة من حيث تأثير تداعيات فيروس كورونا على انتفاعها بالعين المؤجرة من عدمه، إلى ثلاثة أقسام: القسم الأول، هناك من المحال ما زالت تمارس نشاطها، وما زال المستأجر منتفعاً بالعين المؤجرة، دون أن يتأثر سلباً

---

(٣٨) عبد الرزاق السنهوري، الإيجار- العارية، مرجع سابق، ١٩٨٨، ص ١١٥٣.

بهذه الاحترازات، ومنها محلات بيع المواد الغذائية والصيدليات، وهذه المحال طالما أن المستأجرين ينتفعون بشكل طبيعي بالعين المؤجرة، فلا تثير أية مشاكل وتبقى خاضعة لعقد الإيجار، ويلتزم مستأجروها بدفع الأجرة مقابل انتفاعهم بالعين المؤجرة.

والقسم الثاني، وهي المحلات التي سمح لها بمزاولة نشاطها خلال ساعات معينة في اليوم، وأغلقت خلال ساعات الحظر في المساء، ووضعت عليها قيود في ممارسة نشاطها، سواء السماح لها بممارسة النشاط مع تحديد عدد معين من الزبائن داخل المحل، أو أن تمارس نشاطها عن طريق الإنترنت (أون لاين)، بحيث تؤدي هذه الإجراءات المتخذة بالنسبة لهذه المحلات إلى الانتقاص بشكل كبير من انتفاع المستأجرين بهذه المحال، ولكنها لم تحرمهم من الانتفاع تماماً، وهذا القسم يثير إشكالية في مدى استحقاق المؤجر للأجرة في ظل هذه الظروف؟ والقسم الثالث، وهي المحلات المستأجرة التي أغلقت تماماً، وحرم المستأجرون كلياً من الانتفاع بالعين المؤجرة، وهذا النوع الأخير من المحال يثير إشكالية وتساؤلات عن مصير عقد الإيجار في هذه الحالة، وعن مدى إلزام المستأجر بدفع الأجرة في مثل هذه الفرضية؛ لذلك نرى أن نعالج هذه الإشكالية بفرعين على حسب تأثير تداعيات فيروس كورونا على عقد الإيجار في هذه الفروض، فيما إذا أدت إلى نقص الانتفاع بشكل كبير بالعين المؤجرة، أو إذا أدت إلى حرمان المستأجر تماماً من الانتفاع بالعين المؤجرة، ليتبين لنا مدى إمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة أو القوة القاهرة في هاتين الفرضيتين.

الفرع الأول
حالة الانتقاص من الانتفاع

من المعروف أن من أهم التزامات المؤجر، بل الالتزام الجوهري على المؤجر هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، انتفاعاً هادئاً مفيداً، فقد يتعذر على المؤجر في حالات معينة أثناء سريان عقد الإيجار تمكين المستأجر بالانتفاع من العين المؤجرة، كما هو الحاصل في الوقت الحالي، بسبب انتشار فيروس كورونا، اتخذت السلطات العامة قرارات أثرت بمقدار انتفاع المستأجرين، سواء من خلال الإغلاق الجزئي خلال ساعات معينة أو من خلال وضع قيود عديدة لممارسة النشاط.

من المبادئ الأساسية في عقد الإيجار، أن الأجرة تقابل الانتفاع، فمتى تم الإخلال بمقدار الانتفاع وكان هذا الأمر لا يرجع إلى المستأجر نفسه، يتم تخفيض الأجرة بنسبة ما تم من نقص في مقدار المنفعة. والمشرع يعطي الحق للمستأجر في حالات معينة الحق بطلب تخفيض الأجرة متى انتقصت عنده المنفعة بالعين المؤجرة،

وذلك مثلاً في حالات ضمان التعرض سواء الصادر من المؤجر نفسه، أو التعرض القانوني الصادر من الغير، وفي حالات ضمان العيوب الخفية، وضمان فوات الوصف.

إذا كانت الحالات السابقة لتخفيض الأجرة قد ترجع إلى المؤجر وبالتالي يتحمل ضمانها، إلا أننا أمام فرضية أن الإخلال بالانتفاع بالعين المؤجرة كان بسبب لا يد للمؤجر فيه، أو حدث بسبب تدخل السلطة العامة ونتيجة لما أصدرته من قرارات واحترازات لمواجهة انتشار فيروس كورونا، فهل من الممكن للمستأجر اللجوء إلى فكرة القوة القاهرة أو الظروف الطارئة للتحلل من دفع الأجرة أو التحلل من عقد الإيجار نفسه؟

أولاً – القوة القاهرة والإخلال بالانتفاع:

بالرجوع إلى قانون إيجار العقارات نجد أنه لم يعالج فرضية حدوث قوة قاهرة، ولم ينظم تبعاتها، وإنما جاء في نص عام ووضع التزاماً على المؤجر أن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحول دون الانتفاع بالعين المؤجرة على النحو المتفق عليه، أو بحسب ما أعدت له المادة (٩) منه. ونظراً لعدم تنظيم قانون إيجار العقارات لهذه المسألة، فإنه لزاماً علينا الرجوع إلى قواعد القانون المدني، وخاصة القواعد الخاصة بعقد الإيجار.

وبالرجوع إلى القانون المدني، نجد أن المشرع قد وضع تطبيقاً تشريعياً للقوة القاهرة في عقد الإيجار ونظم أحكامه، حيث نصت المادة (٥٨١) من القانون المدني على أنه:

"١ – إذا ترتب على عمل صدر من السلطة العامة في حدود القانون نقص كبير في انتفاع المستأجر، جاز له أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة، ما لم يكن عمل السلطة لسبب يعزى إليه.

٢ – ولا يكون للمستأجر حق في التعويض قبل المؤجر، إلا إذا كان عمل السلطة العامة قد صدر لسبب يكون المؤجر مسؤولاً عنه.

٣ – وكل ما سبق ما لم يقض الاتفاق بغيره" (٣٩).

يستفاد من النص السابق إذا صدر أي عمل من السلطة العامة أدى إلى حرمان المستأجر من انتفاعه بالعين المؤجرة أو الإخلال بالانتفاع به، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة بنسبة ما حرم من الانتفاع.

اعتبر المشرع أن تدخل السلطة العامة في هذه الحالة بمثابة قوة قاهرة، ولقد

---

(٣٩) يقابله المادة (٥٧٤) من القانون المدني المصري.

أكدت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني هذا المعنى، حيث ذكرت أن: "هذه الأعمال تعتبر من قبيل القوة القاهرة التي لا يكون المؤجر ملتزماً بضمانها، ولكنه يتحمل تبعتها"[٤٠].

إذن الأصل أن المعروف أن تكون هذه الأعمال من قبيل التعرض المادي الذي لا يستند على سبب قانوني، وبالتالي المؤجر لا يضمنه، ولكن رغبة المشرع في حماية المستأجر، اعتبر الأعمال الصادرة من السلطة العامة بمثابة القوة القاهرة، ونظراً للطبيعة الخاصة لعقد الإيجار، فعلى المؤجر أن يتحمل تبعة هذه القوة القاهرة حتى لو لم يكن يضمنها[٤١]. وفي هذا الاتجاه يذهب القضاء الكويتي أيضاً حيث يعتبر "الأعمال الصادرة من السلطات العامه ومنها القرارات الصادرة من جهة الإدارة التي يترتب عليها حرمان المستأجر من انتفاعه بالمأجور أو الإخلال بالانتفاع به، تعد من قبيل القوة القاهرة"[٤٢].

ولإنزال هذا التدخل من السلطة العامة في ظرف انتشار فيروس كورونا، سوف نصل إلى أن قرارات السلطة العامة الاحترازية أوجدت بسبب هذا الفيروس وتزول بزوال الوباء، وبالتالي سوف تعود الحياة إلى طبيعتها، وسوف تعود المحال إلى مزاولة نشاطها كما كانت عليه بالسابق، فهي ليست استحالة دائمة، وإنما هي مؤقتة مرتبطة بظروف وباء كورونا، فلذلك يكون للمستأجر أن يتمسك بالقوة القاهرة المؤقتة[٤٣]، والتي تتمثل في تدخلات السلطة العامة وإنقاص منفعته بالعين المؤجرة إنقاصاً كبيراً، حتى يتطلب تخفيض الأجرة أو فسخ عقد الإيجار.

وشروط أعمال هذا الحكم تتمثل في: أولاً: أن يصدر من السلطة عمل معين،

---

(٤٠) وأيضاً محكمة التمييز، في حكمها، الطعن رقم (١٨١) لسنة ٢٠١٣، مدني، جلسة ٢٠١٤/٧/٢٢، اعتبرت "أن أعمال السلطات العامة التي يترتب عليها حرمان المستأجر من الانتفاع بالمأجور أو بالإخلال بالانتفاع به، اعتبارها من قبيل القوة القاهرة".

(٤١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني في تعليقها على المادة (٥٨١).

(٤٢) الطعن ٢٠٠٤/١٠٩٩، تجاري، جلسة ٢٠٠٦/١/٢١، مج القسم الخامس، المجلد الثالث، ص ٤٢٦. الطعن ١٤١، تجاري، جلسة ١٩٩٢/٢/٢، مج القسم الثالث، المجلد الأول، ص ٧٧٧.

(٤٣) "إذا كانت الاستحالة مؤقتة وزالت في وقت يكون فيه تنفيذ الالتزام غير متعارض مع الغرض الذي من أجله وجد الالتزام، فإن هذه الاستحالة المؤقتة لا ينقضي بها الالتزام، بل هي تقتصر على وقفه إلى أن يصبح قابلاً للتنفيذ بزوال هذا الحادث الطارئ وتستأنف الالتزامات المؤجلة سيرها، فلا يكون لذلك الحادث الطارئ من أثر على قيام العقد الذي يبقى شريعة المتعاقدين التي تحكم العلاقة بين أطرافه". تمييز، طعن رقم (١٩٨) لسنة ٢٠٠١، تجاري ٣، جلسة ٢٠٠٢/٥/١٨.

ثانياً: أن يؤدي هذا العمل إلى نقص كبير في الانتفاع بالعين المؤجرة، ثالثاً: أن لا يكون هذا التدخل من السلطة العامة بسبب يرجع إلى المستأجر. وهذه الشروط متوافرة في حالة تداعيات فيروس كورونا، فالسلطة العامة اتخذت إجراءات لحماية الصحة العامة من الوباء، وهذه الإجراءات أدت إلى نقص كبير بالانتفاع بالعين المؤجرة، وهذه الإجراءات لا ترجع في أسبابها إلى المستأجر، لكن إذا كان تدخل السلطة العامة لسبب يرجع إلى المستأجر، فإن هذه الأحكام لن تطبق، وبالتالي يتحمل المستأجر هذا الإخلال نتيجة لتقصيره، وهذه الفرضية قد تكون عندما يكون المحل يمارس نشاطه بشكل اعتيادي، ويقصر المستأجر أو يهمل في اتباع الإجراءات والاحترازات الصحية المفروضة من السلطة، فيؤدي هذا التقصير إلى أن تعاقب السلطة العامة المستأجر بالإغلاق الجزئي، أو بوضع قيود على ممارسة نشاطه تؤدي إلى الإخلال بانتفاعه بالعين المؤجرة، فهنا لا يستفيد المستأجر من الحكم الوارد في المادة (٥٨١) من القانون المدني؛ لأن تدخل السلطة والإخلال بالانتفاع كان بسببه، فيتحمل المستأجر تبعة الإخلال بالانتفاع.

وبتوافر هذه الشروط على تداعيات فيروس كورونا، فإنه يكون للمستأجر تبعاً لجسامة الإخلال بالانتفاع أن يطلب فسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة، وللمحكمة السلطة التقديرية في تقدير هذه الجسامة، فلها أن تجيب المستأجر إلى طلب الفسخ أو تكتفي بإنقاص الأجرة، وإذا رأت المحكمة أن النقص في الانتفاع يسير فإنه لا يكون ثمة مبرر لا للفسخ ولا لإنقاص الأجرة.

وعلى اعتبار أن تدخل السلطة العامة، يعد قوة قاهرة لا يد للمؤجر فيها، فإنه لا يكون للمؤجر في هذه الحالة طلب التعويض من المستأجر، سواء طلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة، إلا إذا كان تدخل السلطة العامة قد صدر لسبب يكون المؤجر مسؤولاً عنه، وهذا فرض غير متصور في ظرف وباء كورونا، حيث إن العين المؤجرة في حيازة المستأجر وليس المؤجر.

كما أن الأحكام السابقة ليست متعلقة بالنظام العام، فيجوز الاتفاق على خلافها[٤٤]، كأن يشترط المؤجر على المستأجر أن يتحمل تبعات تدخل السلطة العامة أو عدم مسؤوليته عن هذه الأعمال، وبالتالي يتم استبعاد تطبيق المادة (٥٨١) من القانون المدني.

---

(٤٤) LudovicLandivaux, contrats et coronavirus: un cas de force majeure? ca dépend, Dalloz actualité, 20,mars 2020, https:// www.dallozactualite.fr

إذن نتيجة لتداعيات فيروس كورونا الصادرة من السلطة العامة وما أدت إليه من النقص الكبير في الانتفاع بالعين المؤجرة، فإن للمستأجر الحق في أن يستند إلى القوة القاهرة المؤقتة، التي لا تفسخ العقد بقوة القانون، وإنما تؤدي إلى تخفيض الأجرة بنسبة ما نقص من المنفعة أو فسخ عقد الإيجار.

ثانياً – الظروف الطارئة في حالة الانتقاص من الانتفاع:

الفرضية القائمة على أساس أن تدخل السلطة أدى إلى وضع قيود على ممارسة النشاط، مما أدى إلى النقص الكبير في الانتفاع بالعين المؤجرة، ورأينا أن مسألة تحمل المؤجر لتبعة القوة القاهرة قد تستبعد متى تم الاتفاق على خلاف الأحكام الواردة في المادة (٥٨١) من القانون المدني، كأن يشترط المؤجر على المستأجر عدم تحمله لتبعات القوة القاهرة، ففي هذه الحالة ومع وجود الاتفاق على استبعاد تحمل المؤجر للقوة القاهرة، وأمام فرضية وجود نقص كبير في الانتفاع بالعين المؤجرة بسبب تدخل السلطة العامة، فهل يستطيع المستأجر اللجوء إلى نظرية الظروف الطارئة وعلى الأخص أن يستند إلى المادة (٦١٠) لتحقيق التوازن الاقتصادي بالعقد؟

رأينا خلو قانون إيجار العقارات من معالجة الفرضية، ولابد من الرجوع إلى القانون المدني باعتباره الشريعة العامة لقانون إيجار العقارات، وعلى هذا الأساس نجد ضرورة تطبيق المادة (٦١٠) في حالة نقص الانتفاع، على اعتبار أن النقص في هذه الحالة بسبب الظروف الطارئة والتي تمثلت في الإجراءات والاحترازات التي اتخذتها السلطات العامة، وهذه الإجراءات لم تكن متوقعة لأي شخص عادي، ولا يمكن تفاديها، وأن هذه الإجراءات لم تجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلاً وإنما جعلته أكثر صعوبة، وفيه إرهاق كبير على المستأجر، حيث إن عليه الالتزام بدفع الأجرة كاملة في حين أنه يعاني من اختلال كبير في منفعة العين المؤجرة، لذلك نرى أنه بإمكان أي مستأجر في مثل هذه الظروف أن يستند إلى عذر الظروف الطارئة ويطالب بإنهاء عقد الإيجار، ويكون للقاضي السلطة التقديرية في هذا الأمر، إما أن يستجيب لطلبه بإنهاء عقد الإيجار أو يرفض طلبه بعد الموازنة بين مصالح الطرفين[٤٥]. ولا يكون للمستأجر الحق في طلب التعويض من المؤجر عند إنهاء الإيجار بسبب النقص الكبير بالانتفاع؛ لأن هذا الأمر لا يرجع إلى المؤجر ولا يد له فيه، وإنما كان نتيجة لظروف استثنائية خارجة عن يد المؤجر.

إذن نستطيع القول بأن المستأجر الذي يعاني من النقص الكبير في الانتفاع

---

(٤٥) محسن البيه، مرجع سابق، ص ٤٢٣.

نتيجة لتدخل السلطة العامة باتخاذها بعض الإجراءات أو الاحترازات، يكون له الحق بأن يتمسك بالقوة القاهرة المتمثلة بعمل السلطة العامة، ويستند إلى المادة (٥٨١) من القانون المدني، ويكون له الحق بأن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة، أو أن يتمسك بالمادة (٦١٠) من القانون المدني على أساس نظرية الظروف الطارئة والمتمثلة في تدخل السلطة العامة كظرف استثنائي، ويكون له في هذه الحالة أن يطلب إنهاء عقد الإيجار.

وإذا كان للمستأجر الخيار بين الوسيلتين السابقتين، فإننا نرى بأنه من الأفضل له أن يلجأ إلى نظرية القوة القاهرة المادة(٥٨١) على اعتبار أنها تعطيه خيارين: إما نقص الأجرة، أو فسخ العقد، وقد يكون هذا الحل أكثر تناسباً مع المستأجر بحسب الظروف الحالية، فمن الصعب في هذه الظروف أن ينهي المستأجر عقد الإيجار، ويبحث له عن عين مؤجرة أخرى؛ فلذلك يعد خيار إنقاص الأجرة أفضل من إنهاء عقد الإيجار.

الفرع الثاني
حالة الحرمان من الانتفاع

تسببت الإجراءات والاحترازات المتخذة لمواجهة فيروس كورونا، في إغلاق العديد من المحال التجارية، مثل المقاهي والصالات الرياضية ودور السينما والمسرح، ومحلات تصليح السيارات، وبيع الإكسسوارات، وجميع المحلات في المجمعات التجارية بسبب إغلاق المجمع التجاري، وغيرها. وهذه المحال أغلقت تماماً منذ بداية الأزمة ولم تمارس نشاطها إطلاقاً، وبالتالي أدى هذا الأمر إلى حرمان المستأجرين كلياً من الانتفاع بالعين المؤجرة، وبالتالي يطرح التساؤل عن مدى إلزام المستأجرين بدفع الأجرة على الرغم من حرمانهم من الانتفاع بالعين المؤجرة، ومن المعروف أن الأجرة مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة، وما أثر هذا الإغلاق على استمرارية عقد الإيجار، إجابتنا عن هذه التساؤلات ستكون من خلال النظر في مدى إمكانية تطبيق القوة القاهرة أو الظروف الطارئة في مثل هذه الحالات.

أولاً – القوة القاهرة والحرمان الكامل من الانتفاع:

فرضيتنا قائمة على اعتبار أن تدخل السلطة العامة لمواجهة فيروس كورونا أدى إلى الإغلاق التام لبعض المحلات، وبالتالي حَرَم المستأجرين من الانتفاع بالعين المؤجرة، فهل يستطيع المستأجرون الاستناد إلى المادة (٥٨١) من القانون المدني لطلب إنقاص الأجرة أو فسخ عقد الإيجار أم لا؟

المادة (٥٨١) من القانون المدني تطرقت إلى فرضية أن يترتب على عمل السلطة العامة نقص كبير في انتفاع المستأجر، ولم تتطرق إلى مسألة إذا كان تدخل السلطة العامة أدى إلى حرمان المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة. فهل تنطبق هذه المادة لتقرير فرضية الحرمان من الانتفاع بالعين المؤجرة؟

من وجهة نظرنا أن للمستأجر الحق في الاستناد على هذه المادة لتقرير فرضية القوة القاهرة؛ لأنه إذا كان المشرع قد سمح للمستأجر في حال صدر عمل من السلطة العامة أدى إلى النقص الكبير في الانتفاع أن يطلب إنقاص الأجرة أو فسخ العقد، فإنه من باب أولى أن يشمل هذا النص حالة الحرمان من الانتفاع بالعين المؤجرة[٤٦]، على اعتبار أن العلة موجودة وأكثر، كما أن سياسة المشرع التشريعية في عقد الإيجار نجده دائماً يساوي في الجزاء بين النقص الكبير أو الجسيم وبين الحرمان الكامل من الانتفاع، فنجده يقرر الجزاء نفسه في كلتا الحالتين، مثل هذه الحالات وجدناها في حالة تخلف المؤجر عن إجراء الصيانة الضرورية، وفي حالة إجراء المؤجر للصيانة اللازمة لحفظ العين المؤجرة من الهلاك، وفي حالة إخلال المؤجر بضمان التعرض وضمان العيوب الخفية، وضمان فوات الوصف.

والمشرع إذا أراد أن يفرق في الجزاء بين الحرمان الكلي أو النقص الكبير بالانتفاع لفعل ذلك، كما فعل عندما فرق في الجزاء في حالة هلاك العين المؤجرة، حيث قرر أنه في حالة الهلاك الكلي للعين ينفسخ العقد من تلقاء نفسه، أما إذا كان الهلاك جزئياً فإن للمستأجر أن يطلب الفسخ أو إنقاص الأجرة، مع حفظ حقه بالتعويض.

وما يؤكد رغبة المشرع في شمول النص أيضاً لحالة الحرمان الكلي من الانتفاع، ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني عند تعليقها على نص المادة (٥٨١) عندما ذكرت أنه: "ويعرض المشرع في المادة (٥٨١) للأعمال الصادرة من السلطات العامة أو التي يترتب عليها حرمان المستأجر من انتفاعه بالماجور أو الإخلال بالانتفاع به".

لذلك كما ذكرنا في حالة الإخلال الكبير في الانتفاع بالعين المؤجرة، فإنه إذا ترتب على عمل صدر من السلطة العامة وأدى ذلك إلى حرمان المستأجر من الانتفاع

---

(٤٦) تمييز، طعن رقم (١٨١) لسنة ٢٠٠٣، جلسة ٢٠١٤/٧/٢٢، والتي قررت فيه:" أن أعمال السلطات العامة التي يترتب عليها حرمان المستأجر من الانتفاع بالمأجور أو بالإخلال به، اعتبارها من قبيل القوة القاهرة".

بالعين المؤجرة، وكان عمل السلطة العامة لا يرجع إلى سبب يعزى للمستأجر، فإنه يكون للمستأجر إما طلب فسخ عقد الإيجار أو إنقاص الأجرة.

وبالتأكيد نعني بالحرمان التام من الانتفاع بالعين المؤجرة، عدم القدرة على استعمال العين فيما أعدت له أو المتفق عليه في عقد الإيجار، فلو أن مقهى أغلق بقرار من السلطة العامة كتدبير احترازي لمواجهة فيروس كورونا، فإنه على الرغم من إغلاق المقهى إلا أنه في حيازة المستأجر، ويحتفظ فيه بأغراض المقهى وأجهزته، إلا أن المقهى لم يستأجر كمخزن لهذه الأغراض، وإنما كان الغرض من الاستئجار ممارسة نشاط المقهي واستقبال الزبائن، وقد حرم الإغلاق المستأجر (صاحب المقهى) من الانتفاع بالمقهى، وبالتالي يكون له التمسك بالمادة (٥٨١) من القانون المدني، بطلب فسخ عقد الإيجار أو طلب إنقاص الأجرة، والفسخ والإنقاص بالتأكيد لا يكون بيد المستأجر أو بإرادته المنفردة، وإنما لابد أن يتم ذلك بمقتضى حكم قضائي، يقرر الفسخ أو إنقاص الأجرة، حسب تقدير القاضي، ونتيجة لذلك يبقى المستأجر ملتزماً بدفع الأجرة لحين صدرو الحكم النهائي من القاضي، ولا يستطيع أن يمتنع عن دفع الأجرة تحت فرضية هذه الإشكالية، وإلا حق عليه الإخلاء، وفقاً للمادة (٩/١٠) من قانون إيجار العقارات والتي تنص على أن: "وإذا قام نزاع بين المستأجر والمؤجر حول الأجرة أو الخصم منها أو إنقاصها فإن ذلك لا يعفي المستأجر من التزامه بدفع الأجرة كاملة في مواعيد استحقاقها، وذلك إلى أن يفصل في هذا النزاع بحكم قضائي نهائي، أو يحسم باتفاق مكتوب بين الطرفين، وإلا اعتبر متخلفاً عن أداء الأجرة".

ثانياً – الظروف الطارئة والحرمان من الانتفاع:

إن الأمر لا يختلف سواء كنا بصدد انتقاص كبير أو حرمان كلي من الانتفاع في إمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقد الإيجار والمتمثلة في المادة (٦١٠) من القانون المدني. وخصوصاً أن المادة (٦١٠) فيها من العمومية بحيث تشمل حالات الانتقاص أو الحرمان من الانتفاع، بحيث تقرر هذه المادة: "إذا حدث لأحد طرفي العقد ظروف غير متوقعة من شأنها أن تجعل استمرار الإيجار مرهقاً.."، فمما لا شك فيه أن استمرار عقد الإيجار على الرغم من حرمان المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، وإلزامه بدفع الأجرة خلال فترة الإغلاق، فيه إرهاق كبير على المستأجر، وغير مبرر من ناحية العدالة، فكيف لمستأجر لا ينتفع بالعين المؤجرة أن يدفع بمقابلها الأجرة، حيث إن من المعروف والمسلم به أن الأجرة تقابل الانتفاع، وقد تسقط الأجرة أو تخفض بسبب النقص أو الحرمان من الانتفاع.

وبما أن الإجراءات والتدابير المتخذة من السلطة العامة لمواجهة فيروس كورونا

والتي رتبت إغلاقاً تاماً للمحلات المؤجرة، مما رتب عليه حرمان المستأجر من الانتفاع بها، تعتبر ظروفاً طارئة استثنائية، وهي عامة على كل المستأجرين الذين أغلقت محلاتهم، على الرغم من عدم تطلب صفة العمومية في المادة (٦١٠)، وإن هذه الإجراءات أو تدخل السلطة كان غير متوقع للمستأجر ولا يستطيع تفاديه، ويلحق به خسارة فادحة ومرهقة لأنه سوف يلتزم بدفع الأجرة دون الانتفاع بالعين، وإن هذه الإجراءات لا دخل للمستأجر فيها، وإنما جاءت من السلطة العامة، فلذلك يكون للمستأجر – إعمالاً للمادة (٦١٠) من القانون المدني – أن يطلب من القاضي إنهاء عقد الإيجار لهذه الأسباب، وهي تمثل له بمثابة العذر الذي يسمح له بإنهاء العلاقة الإيجارية بمقتضى حكم قضائي[٤٧].

في النهاية، للمستأجر سواء أدى تدخل السلطة العامة إلى حرمانه من الانتفاع بالعين المؤجرة أو الانتقاص من الانتفاع يكون له الحق في التمسك بنظرية القوة القاهرة بالنسبة للإيجار لغرض غير السكن، أو التمسك بنظرية الظروف الطارئة الواردة في المادة (٦١٠) لجميع أنواع الإيجار أياً كان الغرض منه سواء أكان للسكن أم لغيره.

وأمام وجود نصوص خاصة في عقد الإيجار، تتضمن القوة القاهرة أو الظروف الطارئة، فإنه لا مجال لتركها والذهاب إلى القواعد العامة لهاتين النظريتين، في النظرية العامة للعقد، وإنما يجب تطبيق هذه النصوص الخاصة، والخاص يقيد العام، نظراً لملاءمتها لطبيعة عقد الإيجار ولمضمونه، فمثلاً وفقاً للمادة (٦١٠) ليس للقاضي الصلاحية أن يعادل أو يوازن بين الالتزامات المتقابلة لطرفي عقد الإيجار، من أجل إعادة التوازن الاقتصادي وفقاً لقواعد نظرية الظروف الطارئة في النظرية العامة للعقد، وإنما سلطته تنحصر وفقاً للمادة (٦١٠) من القانون المدني في إنهاء العقد إذا رآه مستحقاً، أو عدم الإنهاء دون تعديل في الالتزامات، فالمشرع لم يعطِ هذه السلطة أو الخيارات للقاضي، وإنما ضيق من سلطاته في حدود إنهاء العقد وعدم الإنهاء، فيجب التقيد بما ورد في النص من أحكام قانونية.

وكما ذكرنا سابقاً أن القواعد المنظمة للقوة القاهرة المتمثلة بتدخل السلطة العامة، ليست من النظام العام، وبالتالي يستطيع المؤجر أن يشترط على المستأجر إعفاءه من تحمل تبعة ذلك. أما ما يتعلق بالظروف الطارئة والمتمثلة في المادة (٦١٠) فإنها من النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على خلاف أحكامها أو حرمان القاضي من السلطات الممنوحة له وفقاً لهذه المادة.

(٤٧) عبد الرزاق السنهوري، الإيجار- العارية، مرجع سابق، ص ١١٥١.

إذا كانت هذه هي الحلول التشريعية، ووجدنا إمكانية تطبيقها على الآثار التي تترتب على تداعيات فيروس كورونا، فحق لنا أن نتساءل، هل هذه الحلول التشريعية قادرة على حل المشاكل القانونية فيما يتعلق بالأجرة المستحقة واستمرار عقد الإيجار؟

وجدنا أن هذه الحلول بالفعل تحل المشكلة الأولية بين المؤجر والمستأجر المتعلقة بالأجرة من خلال تخفيضها، كما تحل مصير العقد من خلال طلب إنهائه، ولكن سوف تظهر مشاكل أخرى للمستأجرين خاصة إذا سعت هذه الحلول إلى استقرار المعاملات، لكن أين تحقيق العدالة بالنسبة للمستأجر، فكيف للمستأجر الذي عجز عن سداد أجرته بسبب توقفه عن العمل أن يكون قادراً على سداد الأجرة المنتقصة بحكم القاضي، وخصوصاً إذا كان المستأجر وافداً أو مقيماً وليس مواطناً، فهذا المقيم لن ينتفع بما تقدمه الدولة لرعاياها من مساعدات ومعونات لمواجهة الكوارث، ولن تضمن الدولة لهذا الوافد أجره من عمله الذي توقف بسبب توقف العمل على خلاف المواطنين، وتوقف هذا الأجر بسبب إغلاق المنشأة التي يعمل بها، وحرمانه من الأجر، كيف له أن يقوم بالوفاء حتى بالأجرة المنتقصة، وحتى لو اختار هذا المستأجر طلب إنهاء عقد الإيجار، فهل هذا الطلب سهل ومتيسر من الناحية الواقعية بالنسبة للمستأجر، فإذا طلب إنهاء عقد الإيجار لأنه غير قادر على السداد بسبب عدم قدرته على ممارسة نشاطه، فهل يستطيع أن يستأجر مكاناً آخر للسكن أو لممارسة نشاطه وهو غير قادر على دفع الأجرة.

فتبقى المشكلة مستمرة طالما أن أزمة كورونا مستمرة، والمستأجر تحلل من عقد كان ملتزماً به وانتهت مشكلته بخصوص هذا العقد، ولكنه سيحتاج إلى إبرام عقد إيجار آخر وهو مستمر بعجزه عن السداد؛ لذلك نرى أنه لابد من تدخل تشريعي يوازن بين مصالح طرفي عقد الإيجار، ويحمل الدولة تغطية التزامات المستأجر، كتضامن اجتماعي، ولا يتحملها المؤجر أو المستأجر، وخصوصاً أن فيروس كورونا وباء عام أضر الجميع، سواء أكانوا مقيمين أم مواطنين. وأساس تقديم هذه المساعدات من خلال المادة (٢٥) من الدستور الكويتي[٤٨]، أو إنشاء صناديق للتضامن الاجتماعي يتكون رأس مالها من رسوم تؤخذ عند إبرام عقود الإيجار بنسبة ضئيلة

(٤٨) تنص المادة (٢٥) من الدستور الكويتي على أنه: "تكفل الدولة تضامن المجتمع في تحمل الأعباء الناجمة عن الكوارث والمحن العامة، وتعويض المصابين بأضرار الحرب أو بسبب تأدية واجباتهم العسكرية".

من الأجرة، لتكون ضماناً اجتماعياً لهم عند حدوث مثل هذه الكوارث، أو من جهة أخرى أن تقوم الدولة بتفعيل قطاع التأمين عن العجز عن الوفاء بالأجرة، بحيث تجعل التأمين إلزامياً على كل مستأجر لتغطية عجزه عن السداد في وقت الكوراث العامة.

وفي النهاية نرى أن النصوص القانونية تحل إشكالية بسيطة ولكنها تترك إشكاليات أكبر خلفها، وأن المسألة يجب أن لا تتوقف على أمل الاتفاق بين المؤجر والمستأجر، أو الإحسان من المؤجر بإعفاء المستأجر من الأجرة خلال هذه الفترة، هذه حلول فردية لا تعالج الإشكالية القانونية، فلذلك نحتاج إلى تدخل تشريعي فيه صفة التضامن الاجتماعي وتحمل الدولة لأضرار الكوارث العامة.

الخاتمة:

عقد الإيجار من العقود الزمنية التي يمتد تنفيذها فترة من الزمن، وهذا التراخي في التنفيذ قد يجعل منه عرضة للاختلالات أو العوائق التي تعيق تنفيذ الالتزام، وانتشار فيروس كورونا أحد هذه العوائق أو الظروف الاستثنائية التي تطرأ على عقد الإيجار، وبالتالي تؤدي إلى الاختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، ويجد المدين نفسه أمام أعباء لم يكن يتوقعها وقت إبرام العقد.

تداعيات فيروس كورونا قد تؤثر على التزامات المستأجر في عقد الإيجار أو المؤجر، أو كليهما على السواء، فمثلاً بسبب ما اتخذ من قرارات بإغلاق المحلات التجارية، مما ترتب عليه أن المستأجر للعين المؤجرة بغرض السكن أصبح مقعداً عن العمل، ولا يكسب رزقه من عمله، فأصبح عاجزاً عن سداد الأجرة وغير قادر على تنفيذ ما التزم به، وكذلك المؤجر أيضاً ملتزم بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، فإذا كان إغلاق المجمعات التجارية بقرار من السلطة العامة، وملاك المحلات غير قادرين على تمكين المستأجرين لها من الانتفاع بها، فيصبح المؤجر عاجزاً عن تنفيذ التزامه؛ لذلك تسببت تداعيات فيروس كورونا في الكثير من الإشكالات، وأصبح لزاماً وضع الحلول لها.

ما يحسب للمشرع الكويتي، أنه تبنى تصورات معينة للظروف الاستثنائية التي تعترض تنفيذ عقد الإيجار، ولم يتركها للقواعد العامة في نظرية العقد، وإنما وضع لها تطبيقات تشريعية خاصة تتناسب مع طبيعة عقد الإيجار.

فقد أورد المشرع الكويتي تطبيقاً تشريعياً لنظرية القوة القاهرة المتمثلة بتدخل السلطة العامة، وأصبحت مجالاً خصباً لتطبيقها على تداعيات فيروس كورونا وأثره

على عقد الإيجار، وما أورده هو تطبيق تشريعي للأصل العام الموجود في المادة (٢١٥) من القانون المدني، وجسّدها المشرع بفرضية تدخل السلطة العامة.

كما أورد المشرع تطبيقاً تشريعياً لنظرية الظروف الطارئة، وهو المادة (٦١٠) من القانون المدني، وإذا كانت هذه المادة تعتبر نموذجاً تطبيقياً للأصل العام في نظرية الظروف الطارئة، إلا أن المشرع قد وظفها بما يتناسب مع عقد الإيجار، فلم يشترط أن يكون الحدث أو الظرف عاماً، وإنما اكتفى بتطبيق هذه النظرية حتى لو كان الظرف خاصاً بالمستأجر نفسه، طالما أنه كان غير متوقع ولا يمكن دفعه، كما أن المشرع لم يجعل للقاضي الصلاحية في تعديل الالتزامات سواء بإنقاص مدى التزامات المدين أو زيادة بالتزامات الطرف المقابل، كما هو الحال في الأصل العام، وإنما حدد المشرع سلطة القاضي في هذه الحالة بإنهاء العقد مع التعويض العادل من عدمه.

رأينا أن هذه النصوص التشريعية قد وضعت حلولاً تشريعية بالنسبة للأجرة أو عقد الإيجار، وقد تنهي المشكلة، ولكنها تخلق وراءها عدة مشاكل قانونية، فهذه الحلول وإن سعت إلى تحقيق الاستقرار في المعاملات إلا أنها لم تحقق العدالة المنشودة، هناك ظروف إنسانية يجب مراعاتها، وهناك أضرار خلفتها تداعيات فيروس كورونا المستجد مست الكل ولم تكن خاصة لفئة دون غيرها، لذلك نحتاج إلى تدخلات ذات صبغة اجتماعية وإنسانية لتحقيق العدالة، وقد يكون التدخل التشريعي من خلال:

- تفعيل الدولة لقطاع التأمين، بحيث تجعل التأمين عن العجز بالوفاء تأميناً إلزامياً لكل مستأجر، وذلك لتغطية عجزه عن السداد في حالة الكوارث العامة أو الظروف الطارئة، مقابل قسط بسيط يدفعه المستأجر.
- توجه الجمعيات الخيرية لتقديم المساعدات خلال الكوارث العامة للمستأجرين المتضررين من هذا الوباء.
- إنشاء صندوق للتضامن الاجتماعي يكون رأس ماله من مشاركات كل القطاعات التي سوف تستفيد منه في حالة الكوارث الطبيعية، ومن رسوم تؤخذ عند إبرام كل عقد إيجار، ومن الشركات والقطاعات المختلفة.
- أن يكون هناك تدخل تشريعي، يعطل حق الإخلاء للمؤجر في حالة عدم سداد المستأجر للأجرة، ولا يغني عن التعديل مسألة أن القاضي يستطيع أن لا يقرر الإخلاء متى أثبت المستأجر أن التأخير بالوفاء بالأجرة كان بعذر مقبول، حيث أن العذر المقبول لتبرير التأخير عن السداد عن الميعاد المتفق عليه والمهلة التي أعطاها المشرع للمستأجر للسداد، أما في هذه الفرضيات فنحن نتكلم عن عدم قدرة الوفاء وليس عن التأخير فيه.

المراجع

أولاً – باللغة العربية:

- إبراهيم الدسوقي أبو لليل: المسؤولية المدنية والإثراء دون سبب، وفقاً للقانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب، ١٩٨٥، الكويت.
- إبراهيم الدسوقي أبو لليل: العقد والإرادة المنفردة، نظرية الالتزام، مؤسسة دار الكتب، ١٩٩٨، الكويت.
- جان تابت: وباء كورونا والقوة القاهرة، تعليق على قرار محكمة الاستئناف، Colmar، منشور في مجلة (محكمة) – www.mahkama.net. 13/4/2020.
- حسام الدين كامل الأهواني: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المجلد الأول، المصادر الإرادية للالتزام، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠، القاهرة.
- حمدي عبد الرحمن: الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.
- خميس صالح علي ناصر عبد الله المنصوري: نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد، دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلب الحصول على الماجستير في القانون الخاص، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، أكتوبر ٢٠١٧.
- عبد الرسول عبد الرضا وجمال فاخر النكاس: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام والإثبات، الطبعة الرابعة، مؤسسة دار الكتب، ٢٠١٥، الكويت.
- عبد الرسول عبد الرضا وجمال فاخر النكاس: الوجير في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، الطبعة الثالثة، دار الكتب، ٢٠١٥، الكويت.
- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، العمل الضار والإثراء بلا سبب والقانون، دار النهضة العربية، ١٩٩١، القاهرة.
- الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس، الإيجار والعارية، المجلد الأول، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، القاهرة.

- عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة، مطبعة نهضة مصر، ١٩٨٤، القاهرة.
- عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام، الناشر دار النهضة العربية، مطبعة جامعة، ١٩٩٢، القاهرة.
- عبد الودود يحيى: الموجز في النظرية العامة للالتزامات، المصادر - الأحكام- الإثبات، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، القاهرة.
- علي الصديقي: أزمة "كورونا" مراجعات في الفكر القانوني المعاصر، مجلة الفقه والقانون، مجلة إلكترونية شهرية، العدد ٩١، مايو ٢٠٢٠، المغرب. www.majalh.be.ma
- علي عادل محمد: العذر الطارئ في عقد الإيجار، وطبيعة علاقته بنظرية الظروف الطارئة، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٦.
- محسن البيه: عقد الإيجار في القانون المصري، مكتبة الجلاء الجديدة، ٢٠٠٧، المنصورة.
- محمد الخضرواي: الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية، بحث منشور في الجديد نيوز، بتاريخ ٢٠٢٠/٣/٩. www.aljadidnews.ma
- محمد حسن قاسم: قانون العقود الفرنسي، الجديد باللغة العربية، ترجمة إلى اللغة العربية للمواد (١١٠) إلى (١٢٣١-٧) من القانون المدني الفرنسي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- محمود علي مصلح السرطاوي: أحكام عقود إجارة المؤسسات المالية الإسلامية، في فترة وباء كورونا، ورقة عمل مقدمة في ندوة البركة الأربعون للاقتصاد الإسلامي، وقف اقرأ للإنماء والتشغيل ..www.albaraka.org
- نوري حمد خاطر: وظائف حسن النية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥)، لسنة ١٩٨٥، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد (١)، السنة الخامسة، العدد التسلسلي (١٧)، الكويت
- ياسين الكيالي: استقرار المعاملات في زمن القوة القاهرة – فيروس كورونا كوفيد- ١٩ نموذجاً، مجلة القانون والأعمال الدولية، جامعة الحسن الأول، مختبر البحث، قانون الأعمال، المغرب WWW.Droitentreprise.com

ثانياً – المراجع باللغة الفرنسية:

- Alexandra Guérin- François: Coronavirus et protection des données personnelles un enjeu mondial, Dalloz actualité, 1 avril, 2020. (https://www.dalloz-actualite.fr.
- Atmani Bilal et Delebecqu Philippe: La théorie de limprévision étude en droit algérien et français, (4), Rescrch Gâte, les Annales de luniversité dAlger,1, n.33, Tome II/septembre 2019.
- Luc Grynbaum: Force majeure et épidémie de Covid -19: une première décision vient dêtre rendue, le club des juristes, 25 mars 2020. www.lecvuvdesjuristes.com.
- LudovicLandivaux: Contrats et coronavirus: un cas de force majeure ca dépend, Dalloz actualité, 20 mars 2020, https://www.dalloz-actualite.fr
- Pascale Guiomard: La grippe les épidémies et la force majeure en dix arrêts, 4 mars 2020, Dalloz - actualité. (https://www.dalloz-actualite.fr.

Legal implications of COVID 19 on the lease contract between the two theories the emergency; circumstances and the force majeure

Dr. Khaled J. Alhendiany
Dr. Abdulrahman Alredhwan

The spread of the Corona virus has a direct impact on the economies of countries as well as on the contracts issued by individuals. One of these individual contracts is the lease contract. The significant impact of the spread of the virus has caused an imbalance of the rental agreements and made it almost impossible for the tenant to comply with the agreement and meets the commitment towards paying the rents. This made the people to look into the possibility of implementing the two theories of the force majeure and the emergency circumstances to find the legal solution for the effect of the virus spread. So, is the lessor exempt from carrying out his obligation to enable the tenant to use the leased property? Is he allowed to terminate the lease contract if the tenant fails to pay the rents? Or exempt the tenant from paying the rent during the virus outbreak? Is the Corona virus considered a force majeure or an emergency circumstance?

وسائل إنقاذ الشركات التجارية المتوقّفة عن دفع ديونها بسبب جائحة فيروس كورونا - دراسة تحليلية مقارنة

الدكتور/ محمد عبد الله رباح المطيري*
الدكتور/ عبد الله مسفر الحيان**

ملخص:

نتيجة لما خلّفته الأزمة المالية العالمية لعام ٢٠٠٨ من انعكاسات سلبية على الاقتصاد العالمي ككل، فيما يتعلق بزيادة مخاطر الإفلاس بين الشركات بسبب انخفاض الطلب على السلع والخدمات، وتناقص القدرة على التمويل الخارجي، وتراجع الاستثمارات، وانخفاض التحويلات، ونظراً لأن جائحة فيروس كورونا (Covid-19) لا تقل خطورة عن الأزمة المالية العالمية، حيث إنها شلّت أركان الاقتصاد الوطني لما يقارب الستة أشهر حتى الآن، وهذا ما لم يحدث في الأزمة المالية العالمية عام ٢٠٠٨، ومما لا شك فيه ستقود هذه الجائحة الكثير من الشركات - التجار - إلى التوقّف عن دفع ديونها لما لها من آثار سلبية، وعلى ذلك كان لابد من تسليط الضوء في مبحثٍ تمهيدي على مسألة التوقّف عن الدفع وربطها مع جائحة فيروس كورونا (Covid-19) فيما مدى اعتبار توقّف الشركات - التجار - عن دفع ديونها أمراً عارضاً أم اضطراباً لمركزها المالي والذي يقود إلى إفلاس هذه الشركات - التجار.

كما سلطت هذه الدراسة الضوء على وسائل إنقاذ الشركات - التجار - المتوقّفة عن دفع ديونها ومنحها فرصة تصحيح أوضاعها والتوصل إلى حلول مع دائنيها تحفظ حقوقهم وتمكنها من العودة إلى ممارسة نشاطها الاقتصادي مرة أخرى، فتناولت في المبحث الأول نظاميّ التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة باعتبارهما أحد الوسائل التي من الممكن تبنيها من قبل مجلس الأمة الكويتي لتجنيب الشركات خطر الإفلاس، وفي المبحث الثاني تناولت هذه الدراسة الحلول العملية التي تجعل أعمال الشركة قابلة للاستمرار وهي: الحصول على تمويل، رسملة الديون، سداد الدين بأصل، بيع السَلَم، والتأمين على الديون. وأخيراً تعرض هذه الدراسة أهم ما توصلت إليه من نتائج وتوصيات.

مقدمة:

تتجلّى دورة رأس المال التجاري في التنازل عن النقود بهدف الحصول على السلع ثم التخلّي عن السلع مقابل النقود. وتبرز أهمية هذه الدورة من خلال الثقة والوفاء بالتزامات أطراف العلاقة التجارية في أجلها، فإذا انتفت إحدى حلقات دورة

---

* الباحث الرئيس: قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الكويت.
** الباحث المشارك: قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الكويت.

رأس المال التجاري فسيؤدي ذلك إلى خلل في العلاقات التجارية بين التجار وغيرهم، مما يسبب العديد من الانعكاسات التي تؤثر على الاقتصاد الوطني ككل(١).

ومما لا شك فيه أن التعامل بين الأفراد يرتبط بقرينة الوفاء بين الدائن ومدينه انطلاقاً من مبدأ الائتمان والثقة، فإذا ما انتفى الوفاء في الآجال المتفق عليها، فإن ذلك يؤثّر على العلاقة بين المدين والدائن، ولا يقف عند حد التأثير المجرّد لعدم الوفاء، بل يمتد إلى نطاق التخلّف عن الوفاء بالديون بسبب الركود الاقتصادي أو الأزمات المالية أو الكوارث الطبيعية أو الأوبئة مثل جائحة فيروس كورونا (Covid-19). وبلا شك سينعكس ذلك على دورة رأس المال التجاري، حيث ستُفقَد حلقة جوهرية ضمن حلقات التعامل التجاري جرّاء عدم الالتزام بالوفاء في الميعاد المحدّد له(٢). ولعل ما يميّز العلاقات بين التجار أن معظمها يتم لأجل، أي البيع والشراء بالدين(٣).

وقد أدت الأزمة المالية العالمية لعام ٢٠٠٨(٤) إلى اضطراب دورة رأس المال التجاري من خلال زيادة مخاطر الإفلاس بين الشركات في جميع أنحاء العالم بسبب توقّف بعض الشركات عن الوفاء بالتزاماتها، وانخفاض الطلب على السلع والخدمات، وتناقص القدرة على التمويل الخارجي، وتراجع الاستثمارات، وانخفاض التحويلات، كما هو الحال في الأزمات المالية السابقة في روسيا وشرق آسيا والأرجنتين، مما دعا صُنّاع القرار إلى توجيه انتباههم إلى دراسة فعّالية قوانين الإفلاس ودورها كآلية رئيسية في معالجة الضائقة المالية المنتشرة على مستوى الشركات(٥). وجائحة فيروس كورونا (Covid-19) التي انتشرت حول العالم في مطلع عام ٢٠٢٠ لا تقل خطورة عن أزمة ٢٠٠٨.

---

(١) هاني دويدار، مبادئ القانون التجاري، دراسة في قانون المشروع الرأسمالي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٧، ص ١٠.

(٢) ابن داود إبراهيم، نظام الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١٠.

(٣) علي قاسم، مبادئ القانون التجاري في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص ١٢.

(٤) للمزيد انظر: خالد حلمي، التنظيم القانوني لسوق الأوراق المالية في القانون المصري والكويتي مع دراسة أثر الأزمة المالية العالمية على أسواق المال العربية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠١٠، ص ٢٧٩ وما بعدها.

(٥) Elena Cirmizi, Leora Klapper& Mahesh Uttamchandani, The Challenges of Bankruptcy Reform, Oxford University Press, the World Bank Research Observer, Vol. 27, No. 2 (August 2012), pp. 185.

وفي ظل أزمة جائحة فيروس كورونا (Covid-19)، نجد أن قانون التجارة الحالي لا يواكب التطورات التجارية، فالقانون الكويتي، بخلاف معظم القوانين الأخرى، لم يتطوّر ولم يطرأ عليه أي تعديلٍ جوهريٍ فيما يتعلق بباب الإفلاس والصلح الواقي منه، وذلك منذ صدوره بالمرسوم بقانونٍ رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة

وتعتبر المعالجة الحالية للإفلاس في ظل قانون التجارة رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠ مقصورة على أن الإفلاس أمرٌ محتومٌ بمجرّد توقّف المدين عن سداد الدين، وذلك إذا ما قامت قرينة اضطراب مركزه المالي، أي بمجرد فقد التاجر مصادر ائتمانه المختلفة. وبذلك لم يعالج المشرع الكويتي في ظل القانون الحالي إمكانية النهوض بالمشروعات مرة أخرى قبل شهر إفلاسها إلا من خلال الصلح الواقي من الإفلاس الذي يقدمه المفلس بعد صدور حكم شهر الإفلاس[٦]، وبذلك لم يستهدف المشرع الكويتي حماية مصالح المدين المتعثر بمفهومه الضيق فقط، بل لم يستهدف حماية المشروع من الناحية الاقتصادية بمفهومه الواسع المتمثل بحماية مصالح المجتمع والعاملين فيه، ومن جهة أخرى لم يراع مدة الإفلاس ونسبة تحصيل الديون، حيث إن معدل التفليسة في ظل هذا القانون هو خمس سنوات، ونسبة تحصيل الديون تصل إلى ٣٤٪.

ومع ذلك لم يكن المشرع الكويتي بعيداً عن المشهد الاقتصادي، فهناك العديد من القوانين الخاصة التي جاءت لمعالجة حالات محددة في وقت محدد، فقد جاء المشرع بقانون لمعالجة الأزمة المالية في بداية الثمانينيات ١٩٨٢، بما يسمى "أزمة سوق المناخ" والتي أدت بدورها إلى نشأة أزمة أخرى تسمى "المديونيات الصعبة" في الفترة ما بين ١٩٩١ و١٩٩٣، كما برزت إلى الساحة ما يسمى بأزمة السوق الداخلي في العام ١٩٩٧، ومن ثم أزمة "بنك الخليج" في ٢٠٠٩ والحاجة لاستصدار قانون الاستقرار المالي، ومازال سوق الأوراق المالية الكويتي لم يتعاف بشكل كامل من آثار الأزمة المالية العالمية، على الرغم من صدور القانون رقم (٧) لسنة ٢٠١٠ بإنشاء هيئة أسواق المال.

ويلاحظ أن هذه القوانين جاءت لمعالجة أوضاع اقتصادية قائمة، ولذلك فإن هناك ضرورة لتعديل قانون التجارة الحالي أو إصدار قانون جديد استباقي وقائي

(٦) انظر: المادة (٦٨٧) من المرسوم بقانون رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة، (الكويت).

يتماشى مع متطلبات الوضع الاقتصادي الذي ستنتجه جائحة فيروس كورونا (Covid-19)، وكذلك التطورات الحديثة للقوانين والتشريعات، بحيث يتسم بشفافية أكبر للدائن والمدين، وتكون الإجراءات فيه مبسّطة وسهلة بدلاً من قانون التجارة بصيغته الحالية الذي يعمل على غل يد المدين ومنعه من التصرف في أمواله، ويوقع عليه عقوبة الحبس في حالات معينة(٧).

أهمية البحث:

تكتسب هذه الدراسة أهميتها من أنها تمت خلال جائحة فيروس كورونا (COVID-19) الذي تفشى في مطلع هذا العام (٢٠٢٠)، وذلك من خلال مراجعة الإطار التنظيمي والقانوني المتعلّق بالإفلاس، ودراسة مدى تناسبه مع تطوّر النشاط الاقتصادي، وإيجاد آلية قانونية تساعد على تفادي الإفلاس؛ حيث إن نظام الإفلاس بشكل عام لم يوجد إلا لوجود بعض المشروعات التجارية التي تتعرض للتعثّر أو التوقّف عن سداد ديونها واضطراب مراكزها المالية. والحكم بشهر الإفلاس يرتب آثاراً قانونية قاسية على المدين والدائن، وكذلك على العاملين لدى الشركة - التاجر- المفلس، كما ينعكس سلباً على الاقتصاد الوطني بشكل عام، ولذلك فإن السعي لمعالجة الآثار السلبية التي يخلّفها التوقّف عن دفع الديون من خلال تطوير المنظومة التشريعية بما يتواكب مع الحدث وسد الثغرات لأَمر في غاية الأهمية، ويرجع بالنفع على النشاط الاقتصادي ويجعله قادراً على الاستقرار والديمومة.

أسئلة الدراسة:

تثير هذه الدراسة العديد من الأسئلة التي سوف نحاول الإجابة عنها من خلال النقد والتحليل:

١ - ما هو مفهوم توقف المدين عن دفع الديون؟ وما هي طبيعته القانونية؟

٢ - ماذا يعني اضطراب المركز المالي للشركات؟

٣ - هل الباب الخاص بالإفلاس والصلح الواقي منه بصيغته الحالية يلائم ما قد تخلفه جائحة فيروس كورونا (Covid-19) من آثار اقتصادية على الشركات؟

(٧) صدور حكم شهر بالإفلاس أثره غل يد المفلس من تاريخه عن إدارة جميع أمواله سواء كانت متعلقة بتجارته أم لا. وعلة ذلك أن أمواله كلها ضامنة للوفاء بما عليه من ديون، وذمته المالية لا تتجزأ. راجع: حكم محكمة التمييز في الدعوى رقم ٣٧٨/ ٢٠٠٠ تجاري جلسة ٢٠٠١/٦/٢، المبادئ القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الرابع، المجلد الأول، ٢٠١٦، ص ٤٤٩.

٤ – ما مدى إمكانية اعتماد نظام مرن يتلاءم مع خصوصية القوانين التجارية ويتكيف مع حجم المؤسسات مع تبسيط الإجراءات وتقصير المدد؟

٥ – هل هناك حلول عملية لإنقاذ الشركة التي تمر بصعوبات اقتصادية والإبقاء عليها وإنقاذها إذا كانت أعمالها قابلة للاستمرار؟

منهج وخطّة الدراسة:

اتخذت هذه الدراسة المنهج التحليلي؛ وذلك حتى يمكن توضيح مختلف الأحكام الخاصة بالتوقّف عن الدفع واضطراب المركز المالي، وكذلك دراسة الآليات التي يمكن من خلالها استمرار الشركات المتوقّفة عن سداد ديونها وجعل أعمالها قابلة للاستمرار، كما اتخذت المنهج المقارن مع قانون الإفلاس الأمريكي لما تتسم أحكامه بالسبق في هذا المجال وعمق التجربة.

وسوف تقسم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث، نعرض في مبحث تمهيدي مسألة التوقّف عن دفع الديون واضطراب المركز المالي للمدين، وفي المبحث الأول نتناول آليّات استمرار الشركات في ظل مشروع قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس، وذلك من خلال تناول نظاميّ التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة. أما في المبحث الثاني فنعرض حلولاً عمليّة من منظور قانوني لجعل أعمال الشركة قابلة للاستمرار. وفي الخاتمة نقدم أهم ما تم التوصل إليه من نتائج وتوصيات.

مبحث تمهيدي
التوقّف عن دفع الديون

ربط المشرع الكويتي التوقّف عن دفع الديون التجارية باضطراب المركز المالي وذلك لشهر إفلاس الشركات – التجار – دون بيان لأي منهما، حيث نصت المادة (٥٥٥) من المرسوم بقانون رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠ بشأن إصدار قانون التجارة على أن: "كل تاجر اضطربت أعماله المالية، فتوقف عن دفع ديونه التجارية يجوز شهر إفلاسه". ومما لا شك فيه أن جائحة فيروس كورونا (Covid-19) ستجعل الكثير من الشركات – التجار – تتوقف عن دفع ديونها لما لها من آثار سلبية على الاقتصاد الوطني الذي شُلّت أركانه لما يقارب الستة أشهر حتى الآن، وهذا ما لم يحدث في الأزمة المالية العالمية عام ٢٠٠٨، وعلى ذلك كان لابد من تناول مسألة التوقف عن الدفع وربطها مع جائحة فيروس كورونا (Covid-19) فيما مدى اعتبار توقّف الشركات –التجار – عن دفع ديونها أمراً عارضاً أم اضطراباً لمركزها المالي والذي يقود إلى إفلاس هذه الشركات – التجار –.

وقد عني كل من الفقه والقضاء بتحديد الربط بين التوقّف عن الدفع واضطراب المركز المالي، وعلى هذا الأساس سوف نتناول مفهوم التوقّف عن الدفع في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني اضطراب المركز المالي للمدين، أما فيما يتعلق بإثبات واقعة التوقّف عن الدفع والشروط القانونية للديون المتوقّف عن دفعها فنحيل المناقشة بشأنها إلى المراجع العامة.

المطلب الأول
مفهوم التوقّف عن الدفع

انقسم الفقه في تعريف التوقّف عن الدفع إلى فريقين: الأول تبنّى النظريّة التقليديّة للتوقّف عن الدفع[٨]، واعتمد على التفسير الحرفي للتوقّف عن الدفع، حيث

(٨) محمود بربري، قانون المعاملات التجاري، الإفلاس – الأوراق التجارية، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٢، كمال أبو سريع، الإفلاس في القانون التجاري اليمني، دار النشر "دون"، ١٩٨٨، ص ٩٢، مصطفى طه، الأوراق التجارية وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٣٢٨، إلياس ناصيف، الموسوعة التجارية الشاملة، الإفلاس، الجزء الرابع، عويدات للنشر والطباعة، بيروت، ١٩٩٩، ص ١٢٧.

عرّف التوقّف عن الدفع بأنه عدم دفع الديون في مواعيد استحقاقها، ولا عبرة بعد ذلك للوقوف على سبب التوقّف. ويعتبر المدين متوقفاً عن الدفع حتى ولو كان ذلك ناتجاً بسبب قوّة قاهرة، كالكوارث الطبيعيّة أو الأوبئة كجائحة فيروس كورونا (Covid-19)، أو بسبب ظروف اقتصادية أو سياسية. وبذلك يهدف أصحاب هذه النظرية إلى حماية الدائن بحصوله على حقّه في موعد استحقاقه، ووفقاً لهذا التوجه فإن توقّف الشركات – التجار – عن دفع ديونها في ظل جائحة فيروس كورونا (Covid-19) يقود بها إلى الإفلاس.

أما الفريق الثاني فقد تبنّى النظريّة الحديثة للتوقّف عن الدفع، حيث ذهب أنصار هذه النظريّة إلى أن التوقّف عن الدفع لا يعبر عن الحقيقة في بعض الأحيان، وإن أدى ذلك إلى تهديد مصالح الدائنين، فالشركة – التاجر – معرضة لمواجهة أزمة سيولة نقدية تعجزها عن سداد ديونها، ولكنها قد تكون أزمة عارضة، كما في حال الكوارث الطبيعية أو الأزمات الاقتصادية أو السياسية أو الأوبئة مثل جائحة فيروس كورونا (Covid-19). وما يشكل خطراً على الدائنين ليس هذه الأزمة العارضة، وإنما ما ينتج عن هذه الأزمة من مركز مالي ميؤوس منه، فالتوقّف في هذه الحالة لا يصلح أن يؤدي إلى شهر الإفلاس إلا إذا صاحبه فقد التاجر لائتمانه، فهنا يكون أمام عجز حقيقي جدير بالمواجهة[٩]. وذهب هذا التوجه إلى أنه لا تكون الشركة – التاجر – في حالة توقف عن الدفع إلا في حالة عدم قدرتها على الدفع، وذلك بخلاف الشركة – التاجر – التي لا ترغب في الدفع. ونميل مع هذا الرأي؛ حيث إن نص المادة (٥٥٥) من قانون التجارة الكويتي تبنّى قرينة اضطراب المركز المالي للتوقف عن دفع الديون حتى يمكن شهر إفلاس الشركة – التاجر، ووفقاً لهذا التوجّه فإن توقّف الشركات – التجار – عن دفع ديونها في ظل جائحة فيروس كورونا (Covid-19) لا يقودها إلى الإفلاس ما لم يصاحبه فقدها لائتمانها أو يوصلها إلى مركز مالي ميؤوس منه.

ويكاد أن يجمع الفقه[١٠] على تبنّي النظرية الحديثة للتوقّف عن الدفع، وقد بيّنه

---

(٩) انظر: محمود بربري، الوسائل القانونية لعلاج الأزمات المالية التي تواجه المشروعات، مجلة القانون والاقتصاد، مطبعة جامعة القاهرة، العدد ٥٤، ١٩٨٤، ص ١٧.

(١٠) محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري، عمليات البنوك - الإفلاس، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٧، ص ١٢٨، محمد صالح، شرح القانون التجاري، الإفلاس، الجزء الثاني، دار الطباعة المصرية، الطبعة الرابعة، ١٩٤٠، ص ٢٩، محمود الشرقاوي، الوجيز في العقود التجارية والإفلاس، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤، ص ١٤٥، كمال أبو سريع، الإفلاس في القانون التجاري اليمني، دار النشر "دون"، ١٩٨٨، ص ١٥.

المشرّع الكويتي في قانون التجارة(١١)، والمشرّع المصري في قانون التجارة الجديد(١٢)، حيث ربطا التوقّف عن الدفع باضطراب أعمال التاجر.

وعلى الرغم من تبنّي المشرع الكويتي للمفهوم الحديث إلا أنه لم يُعرِّف التوقّف عن الدفع أو حتى بيان فكرة اضطراب المركز المالي في قانون التجارة، وهذا ما تبنّته التشريعات العربية، ومنها التشريع المصري(١٣)، وذلك بعكس المشرع الفرنسي الذي نص على أن الشركة المدينة تكون في حالة توقّف عن الدفع إذا وجدت نفسها غير قادرة على الوفاء بالتزاماتها الحالية من أصولها الموجودة(١٤). ومعنى ذلك أن افتتاح إجراءات الإفلاس يكون في حالة عدم قدرة الشركة – التاجر – على مواجهة خصومها بأصولها. والملاحظ هنا أن المشرع الفرنسي أكد على عدم التوازن بين خصوم التاجر وأصوله.

وعلى ذلك لا تقوم حالة التوقّف عن الدفع، ولا يجوز شهر الإفلاس، متى كان التوقّف عن الدفع راجعاً لظروف عارضة أو مؤقتة لا تلبث أن تزول، كتأخر تصريف البضاعة أو تأخر وصولها، أو كوجود صعوبة في تحويل الأموال العقارية لأموال سائلة في ظل الأزمات الاقتصادية أو السياسية أو الأوبئة كجائحة فيروس كورونا (Covid-19)، ففي هذه الأحوال لا تقضي المحكمة بشهر الإفلاس؛ إذ يكون انتظار الدائنين للوفاء خيراً لهم من افتتاح إجراءات شهر الإفلاس وخضوعهم لقسمة الغرماء(١٥).

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن المقصود بالتوقّف عن الدفع في المادة (٥٥٠) من قانون التجارة رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ بقولها بأن: "التوقّف عن الدفع هو الذي ينبئ عن مركز مالي مضطرب وضائقة مستحكمة يتزعزع معها ائتمان التاجر، وتتعرض بها حقوق دائنيه إلى خطر محقّق أو كبير الاحتمال، فليس كل امتناع عن الدفع يعتبر توقفاً؛ إذ قد يكون مرجع هذا الامتناع عذراً طرأ على المدين مع اقتداره،

---

(١١) انظر: المادة (٥٥٥) من المرسوم بقانون رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة، (الكويت).

(١٢) انظر: المادة (٥٥٠) من القانون رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ بإصدار قانون التجارة، (مصر).

(١٣) انظر: المادة (٥٥٠) من القانون رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ بإصدار قانون التجارة، (مصر).

(١٤) French Commerce Code, Act no 2005-845 of 26 July 2005, Article 1, Article 88, Official Journal of 27 July 2005, in force on 1 January 2006 subject to Article 190.

(١٥) محمد البكري، موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد، الإفلاس والصلح الواقي من الإفلاس، المجلد الرابع، دار محمود للنشر والتوزيع، دون سنة نشر، ص ٤٣.

وقد يكون لمنازعته في الدين من ناحية صحته أو مقداره أو حلول أجل استحقاقه أو انقضائه بسبب من أسباب الانقضاء "[١٦].

وبذلك يمكن التمييز بين التوقّف عن دفع الديون في موعد استحقاقها دون اضطراب المركز المالي للتاجر، ويمكن تسمية هذا التوقّف بالتوقّف عن الدفع المادي، وبين التوقّف عن دفع الديون في موعد استحقاقها لاضطراب أعمال التاجر وفقدان ائتمانه، ويمكن تسمية هذا التوقّف بالتوقّف عن الدفع الحقيقي.

وقد ذهب الفريق الأول من الفقه إلى المزج بين التوقّفين، حيث قال إن هناك أصلاً عامّاً يتمثل في وجوب انهيار الوضع المالي للمدين وفقده لائتمانه، غير أن هذا الأصل يجب أن يصاحبه مظهر خارجي وذلك بالإضافة إلى التوقّف عن الدفع: فبالنسبة للوظيفة الأولى كأحد شروط الإفلاس يجب أن يكون الوضع المالي المنهار للمدين متخذاً شكل التوقّف المادي عن دفع أحد ديونه التجارية. أما بالنسبة للوظيفة الثانية المتعلّقة بتحديد وقت التوقّف، فيكفي أن يتخذ التوقّف عن الدفع مظهراً خارجياً يتمثل في إثبات أن التاجر لجأ إلى طرق احتيالية للوفاء بغرض تأخير توقفه عن الدفع تأخيراً لا يعبر عن الحقيقة[١٧].

وذهب رأي آخر من الفقه إلى أن التوقّف عن الدفع الحقيقي يتمثّل في عجز المدين عن الوفاء بديونه عجزاً حقيقياً، الأمر الذي يقود إلى أن تقدير مسألة التوقّف عن الدفع تخضع لسلطة محكمة الموضوع، فلا تحكم المحكمة بشهر الإفلاس لمجرد امتناع الشركة - التاجر – عن دفع ديونها، إذ قد تكون لديها أسباب جديّة في توقّفها عن الدفع، كما قد يكون سبب التوقّف عن الدفع راجعاً إلى أزمة مؤقّتة عارضة تتعرض لها الشركة – التاجر – أو إقليم الدولة ككل مثل جائحة فيروس كورونا (Covid-19)[١٨].

(١٦) راجع: حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٨٠٣٦ لسنة ٨٠ قضائية، الصادر في جلسة ٢٠١١/٣/٢٢، موقع محكمة النقض المصرية https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111131038&&ja=103909

(١٧) انظر: عزيز العيكلي، النظام القانوني لتصرفات المفلس خلال فترة الريبة في قانون التجارة الكويتي، مجلة الحقوق، السنة السادسة، العدد ٤١، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ١٩٨٢، ص ١٨، علي البارودي، ومحمد العريني، القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس وفقاً لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ٢٦١.

(١٨) عزيز العيكلي، تعيين تاريخ التوقف عن الدفع في حكم الإفلاس، مجلة الحقوق، السنة التاسعة، العدد الرابع، كلية الحقوق جامعة الكويت، ١٩٨٥، ص ٢٥٠.

وبذلك فإن توقف الشركات – التجار – عن دفع ديونها بسبب جائحة فيروس كورونا (Covid-19) لا يؤدّي إلى إفلاسها ما لم يدل على عجز حقيقي ثابت ينبئ عن اضطراب مركزها المالي، وبالتالي فقدها للثقة والائتمان مع المتعاملين معها. وعلى ذلك تتميز فكرة توقف الشركة – التاجر – المتعثرة عن دفع ديونها بأنها فكرة وضعت لمراعاة ظروف التاجر ودائنيه إلى إمكانية الحصول على ديونهم بطريقة أكثر ملاءمة. فالمشرع يسعى إلى حث التجار على العمل المتواصل لتخطي أزماتهم المالية[١٩].

المطلب الثاني
اضطراب المركز المالي للمدين

الاضطراب لغةً يعني حالة عدم الاستقرار، البلبلة، الصخب والجلبة[٢٠]. وقد اعتبرت المادة (٥٥٨) من قانون التجارة الكويتي أن التوقّف عن دفع الدين دليل على اضطراب الأعمال ما لم يثبت غير ذلك، وبذلك يكون القانون قد تبنّى قرينة اضطراب المركز المالي في حال التوقّف عن الدفع، وبلا شك هذه القرينة تقبل إثبات العكس.

وفي الحقيقة قد يكون تعثر الشركات – التجار – عن الوفاء بديونها بسبب عدم توافر السيولة أو خسارة رأس المال. ويلاحظ أن المشرع والفقه لم يضعا معياراً محدداً يمكن من خلاله معرفة تقدير حالة عدم توافر السيولة أو خسارة رأس المال. إلا أنه وبالعود إلى أحكام قانون الشركات الكويتي خاصة المتعلقة بالشروط العامة لحل الشركات، فإنه يتضح أن المشرع في المادة (٢٦٦) وضع معياراً عاماً من خلاله يتم الحكم على الحالة التي وصلت إليها الشركة، وهذا المعيار يتمثل في المدى الذي وصلت إليه الخسارة من رأس مال الشركة، فإن الشركة تنحل إذا هلكت جميع أموالها أو معظمها بحيث يتعذر استثمار الباقي استثماراً مجدياً[٢١]. أما فيما يتعلق بشركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة فإنه إذا بلغت خسائر الشركة ثلاثة أرباع رأس المال المدفوع وجب على أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين – بحسب الأحوال– دعوة الجمعية العامة غير العادية للنظر في استمرار الشركة أو حلها قبل الأجل المعين في عقدها[٢٢]. كما نصت المادة (٦٣) من قانون البنك المركزي على أنه:

---

(١٩) معوض عبد التواب، مرجع السابق، ص ٦٠٦.

(٢٠) المعجم الوسيط.

(٢١) انظر: المادة (٢٦٦) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠١٦ بإصدار قانون الشركات، (الكويت).

(٢٢) انظر: المادة (٢٧١) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠١٦ بإصدار قانون الشركات، (الكويت).

"١. يجوز شطب البنك من سجل البنوك... هـ. إذا توقف عن ممارسة نشاط أو تعرضت سيولته أو ملاءته للخطر...".

وبذلك فإن نقص السيولة في ظل وجود أصول تملكها الشركة لا يقود إلى القول بتوقّف الشركة عن سداد ديونها، فالشركة في بعض هذه الحالات لا تكون متوقفة كلية عن الوفاء بديونها، خاصة في حالة ملكية الشركة لأصول تفوق بكثير الديون التي عليها، وإنما تواجه مشكلة نقص السيولة.

وعليه فإن السيولة تعني قدرة الشخص على تحويل أصوله إلى نقود أو أشباه نقود بسرعة دون أن يتأثر سعر تلك الأصول سلباً[٢٣]. ويمكن تعريفها أيضاً بالقدرة على بيع أسهم أو سندات بكميات كبيرة دون أن يؤثر البيع سلباً على تلك الأسهم والسندات[٢٤].

ويُعْزَى تعثّر هذه الشركات أو نقص سيولتها إلى تأثرها بالأزمات العالمية سواء السياسية أو الاقتصادية أو الأوبئة كجائحة فيروس كورونا (Covid-19) فيؤدي ذلك إلى نقص سيولتها، وهو ما يجعلها متعثّرة في الوفاء بالتزاماتها الحالّة، أو عدم قدرتها على تسييل أصولها لعدم وجود مشتر لها، أو لانخفاض قيمة الأصول انخفاضاً كبيراً، مما يجعل بيع هذه الأصول بهذه الأسعار المنخفضة يضر بها ضرراً بالغاً[٢٥].

ولم يتعرّض كل من قانون الشركات أو قانون التجارة لهذا الوضع، فقد اعتبر قانون التجارة التوقّف عن دفع الدين دليلاً على اضطراب المركز المالي للشركات – التاجر، وبالتالي يجوز شهر إفلاسها، وذلك بغض النظر عن كون أصول هذه الشركة – التاجر – وموجوداتها أكبر بكثير من دينها أو أقل؛ حيث أغفل القانون حقيقة أن من يملك أصولاً تزيد على دينه يعتبر مليئاً، إلا أنه يحتاج إلى فرصة تستعيد فيها الأسواق عافيتها، فيستطيع أن يبيع هذه الأصول بأسعار لا تلحق به ضرراً كبيراً، ولذلك يجدر السؤال في مدى إمكانية التفرقة بين المدين الذي يواجه أزمة سيولة، وبين المدين الذي يواجه أزمة أصول، أي أن سيولته لا تكفي لسداد دينه، خاصة وأن الإشكاليات التي يمكن أن يسببها إفلاس مثل هذه الشركات – التجار،

---

(٢٣) عصام العنزي، تعثر المؤسسات المالية الإسلامية بسبب نقص السيولة والطرق المقترحة لمعالجته، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد ٣٠، ٢٠١٢، ص ٤٦١.

(٢٤) نبيل شيبان ودينا شيبان، قاموس أكرابيتا للعلوم المصرفية والمالية، الطبعة الثانية، مطبعة كركي، بيروت، ٢٠٠٨، ص ٥١٦.

(٢٥) عصام العنزي، مرجع سابق، ص ٤٦١.

والأضرار الناتجة عنها فيما يواجه الدائنين من انتظار لسنوات طويلة لإفلاس الشركة – التاجر– أو بيع أصولها بأسعار زهيدة قد تؤدّي في نهاية الأمر إلى عدم حصول الدائنين على كامل أموالهم أو حتى نصفها عندما يدخلون في قسمة الغرماء(٢٦).

ويمكن القول وبحق أن التوقّف عن الدفع الذي تنتجه جائحة فيروس كورونا (Covid-19) لا يعبّر عن اضطراب المركز المالي إذا ما كان التوقّف عن الدفع بسبب نقص السيولة لا بسبب أزمة في الأصول، إذ إنه يمكن للشركة الوفاء بديونها بعد انتهاء هذه الأزمة، خاصة وأن هذه الأزمة تعد من الأزمات العارضة لا الدائمة، والتي لا تشكل اضطراب مركزها المالي.

---

(٢٦) عصام العنزي، مرجع سابق، الموضع نفسه.

المبحث الأول
آليّات استمرار الشركات في ظل مشروع القانون

من مصلحة الشركة المتعثرة أن تُمنح آجالاً إضافية لتسدد ديونها المستحقة، أو تحصل على خصم من قيمة هذه الديون لتتمكن من استعادة نشاطها وحيويتها الماليّة في أقرب وقت وبالتالي يستمر نشاطها، خاصة في ظل الأزمات الاقتصادية أو السياسية أو حتى الصحية مثل الأوبئة كجائحة فيروس كورونا (Covid-19). وفي المقابل فإن مصلحة الدائنين تقتضي استرجاع أموالهم كاملة وفي أقرب وقت.

ومن منظور آخر فإن مصلحة النظام الاقتصادي تقتضي أن تبقى الشركات قائمة رغم عجزها المالي لضمان توريدها السلع المطلوبة للسوق الوطنية، وللمحافظة على وظائف عمالها. ومن أجل هذه الأسباب تبنّت العديد من الدول إجراءات وآليات من شأنها إنقاذ الشركات المتعثرة من التوقّف عن الدفع، لضمان استمرارية نشاطها.

وقد أقرّت العديد من التشريعات المقارنة، كالمشرع الأمريكي صاحب السبق في سن إجراءات تهدف إلى إعادة هيكلة وتنظيم المؤسسات المتعثرة(٢٧)، وذلك من خلال الفصل الحادي عشر من قانون الإفلاس الفدرالي الذي يسري على الدائنين المتعثرين، سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أو أشخاصاً معنوية(٢٨)، ويستخدم الفصل ١١ من قانون الإفلاس الأمريكي عادة لإعادة هيكلة الأعمال التجارية للمدين، والتي قد تكون شركة أو مؤسسة فردية أو شراكة. وكذلك المشرع الفرنسي الذي تبنّى آليّات وتدابير لإنقاذ الشركات من الإفلاس كإجراء التسوية الودّية بين الشركة المدينة وبين دائنيها(٢٩). وفي ألمانيا سمح قانون الإعسار الجديد(٣٠) لكل فرد بفتح إجراءات الإعسار، ويوفر هذا القانون إمكانيّة "البداية الجديدة" بعد تحسّن الشركات، وعلى

---

(٢٧) يسلط قانون الإفلاس الضوء على التوتر المتأصل في: موازنة حماية الدائنين ضد البداية الجديدة للمدين. وقد ساهمت الحلول الوسط في كلا الجانبين، نتيجة الضغوط السياسية إلى حد كبير. Emily Slagle, What the Gulf Oil Spill Reveals about the Consequences of Bankruptcy, Vermont Journal of Environmental Law, Vol. 13, No. 2 (Winter 2011), pp. 365.

(٢٨) Chapter 11 of Bankruptcies Act of 1978, Public Law 95-598, 29 Stat 2549.

(٢٩) Article L 611-4 to L 611-15 of the French Commerce Code, Act no 2005-845 of 26 July 2005.

(٣٠) The Germany Insolvency Code (Insolvenzordnung), came into effect January 1, 1999.

وجه التحديد، بعد سبع سنوات من "حسن السلوك"، حيث يجب على الشخص الذي قدم طلب الإعسار دفع أي دخل يتجاوز عتبة الإعفاء من صافي الدخل في الائتمان خلال هذه المدة(٣١).

أما في الكويت فقانون التجارة بصيغته الحالية يمثّل أحد أكبر المعوقات التي تواجه الشركات والدائنين، حيث تبرز هذه المعوقات في اتجاه المشرّع بإلزام المدين باستمرار الوفاء بديونه في مواعيد استحقاقها بغض النظر عن الظروف المحيطة به. ولذلك نجد أن شهر إفلاس الشركات – التجار- يعد أبرز الطرق المتاحة بمجرد توقفها عن الدفع إذا ما اقترنت باضطراب مركزها المالي.

ونظراً لما تم توجيهه إلى هذا القانون من انتقادات كثيرة في هذا الخصوص قدم مجلس الوزراء الكويتي في تاريخ ٢٠١٩/٤/٢٤ مشروع قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس(٣٢)، أي قبل جائحة فيروس كورونا بسنة تقريباً، وقد هدفت الحكومة من خلال مشروعها إلى تأهيل الشركات - التجار- المتعثرة مالياً وإدارياً للعودة إلى نشاطها، وإيجاد حلول وآليّات قانونية تسمح بالتدخل في الوقت المناسب لحمايتها من الإفلاس. وقد عمل مشروع الحكومة على تفعيل الوسائل البديلة، وخاصة أن الشركة – التاجر، عند تعثرها في سداد ديونها، تبحث عن أي طريقة لتفادي شهر إفلاسها، إذا ما كان الأمر لا يد لها فيه، كالأزمات الاقتصادية والسياسية أو الأوبئة مثل جائحة فيروس كورونا (Covid-19)، لا سيما إذا ما عرفنا أنها في المراحل الأولى للتعثّر، والتي تكون معها أعمالها قابلة للاستمرارية، يكون من السهولة بمكان معالجتها قبل أن يستفحل الخلل ليصل إلى مراحل متقدّمة تصعب معها المعالجة، وتقتصر الحلول على إشهار الإفلاس والتصفية الذي تعمل أغلب القوانين الحديثة على تجنّبه؛ لما يترتّب عليه من آثار سلبيّة على الشركة والدائنين والاقتصاد الوطني.

ولما كانت جائحة فيروس كورونا (Covid -19) قد دقّت ناقوس الخطر في مطلع هذا العام على جميع الشركات التي تُعتبر حجر الزاوية في الاقتصاد الوطني، بغض النظر عن كونها شركات عامة أو خاصة، عملاقة أو متوسطة أو صغيرة، ولما كان حمايتها والحفاظ عليها من الإفلاس واستمرارية نشاطها الاقتصادي يشكل أحد

---

(٣١) Frank M. Fossen, Personal Bankruptcy Law, Wealth, and Entrepreneurship- Evidence from the Introduction of a "Fresh Start" Policy, American Law and Economics Review, Vol. 16, No. 1 (Spring 2014), pp. 273.

(٣٢) انظر: المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

التحديات التي تواجه المشرع الكويتي، وخاصة أن النظام الذي تبناه المشرع الكويتي في ظل قانون التجارة الحالي يتمثل في إفلاس الشركات بمجرد التوقّف عن دفع ديونها إذا ما اقترن باضطراب مركزها المالي، ولا سبيل للخروج من ذلك إلا بالصلح الواقي من الإفلاس.

ومشروع القانون إذا ما تم إقراره، فإنه لن يعالج الأزمة المالية التي ستنتجها جائحة فيروس كورونا (Covid-19) فقط، بل سيمتد ذلك إلى معالجة التوقّف عن الدفع واضطراب المراكز المالية للشركات في جميع الظروف بما فيها الظروف العادية للشركات – التجار – المتوقّفة عن دفع ديونها، وبلا شك سيصب ذلك في مصلحة كل من المدين والدائن والاقتصاد الوطني؛ لأن بدائل الإفلاس المتمثّلة في نظاميّ التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة يقدّم طريقة أسرع وأقل تكلفة وأكثر مرونة وأكثر أهمية وتعاونيّة بين المدين والدائن[٣٣]، وسيقدم هذا المشروع معالجة فورية للآثار التي ستولدها جائحة فيروس كورونا (Covid-19) على الشركات –التجار– وعمالها من جهة، وعلى الاقتصاد الوطني من جهة أخرى.

وبذلك نتناول في المطلب الأول مفهوم وخصائص نظاميّ التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة، وفي المطلب الثاني نتناول الأحكام الخاصة لكل منهما.

المطلب الأول
المفهوم والخصائص

مما لا شك فيه أن الشركة – التاجر– المدينة تلتزم بأداء ما عليها من ديون تجارية في تواريخ استحقاقها وبالشكل المحدّد بين طرفي أو أطراف علاقة المديونيّة. غير أن هذه الشركة قد يتعذّر عليها الوفاء بتلك الديون أو تمتنع قصداً عن أدائها، وبذلك تكون في موضع المتوقّف عن الدفع، وبالتالي تكون عرضة للإفلاس. بيد أن مشروع القانون قدّم للشركة عدة بدائل إذا ما توقّفت عن سداد ديونها، وذلك للاستفادة من إجراءات أكثر تيسيراً عليها ورأفة بها، ومن هنا تبنّت الحكومة نظاميّ التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة من خلال المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة

(٣٣) Sryn B. Zuch, Alternatives to Franchisee Bankruptcy: Workouts, Compositions of Creditors, Assignments for the Benefit of Creditors, and Receiverships, American Bar Association, Franchise Law Journal, Vol. 33, No. 3 (Winter 2014), pp. 361.

مشروع قانون التسوية الوقائية وإعادة الهيكلة والإفلاس إلى مجلس الأمة[٣٤]. ويُعتبر هذان النظامان من الأنظمة الحديثة، حيث يعدان وسيلة لإنقاذ الشركة المتوقّفة عن دفع ديونها، وعلاجاً لمركزها المالي المتدهور من جانب، ومن جانب آخر يقدمان حماية للدائن في إمكانية الحصول على كامل مديونيته أو معظمها في إجراءات قانونية مبسطة ومدة أقل من تلك المنظمة في قانون التجارة الحالي. وسنتناول في هذا المطلب مفهوم كل من التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة، وخصائصهما.

الفرع الأول
مفهوم التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة

تبنّى مشروع القانون نظاميّ التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة، وذلك لإنقاذ الشركات – التجار – التي اضطربت أعمالها الماليّة، وقبل أن تصل إلى مرحلة التوقّف عن دفع ديونها أو حتى بعد الوصول إليها خلال فترة زمنيّة معيّنة، حيث يقدّم المشروع لهذه الشركات – التجار– فرصة اللجوء إلى القضاء لتقديم طلب افتتاح الإجراءات، سواء التسوية الوقائيّة أو إعادة الهيكلة – بحسب الأحوال – لمساعدتها وإنقاذها ممّا تمر به تفادياً لشهر إفلاسها، والذي سيكون بلا شك نتيجة حتميّة في ظل قانون التجارة الحالي.

وقد ذهب رأي إلى أن نظاميّ التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة هما "مجموعة من الإجراءات غايتها بيع ممتلكات وأصول التاجر، ودفع ديونه على أن يكون حسن النيّة، إذا كان مرغماً على التوقّف عن الدفع، وهي إجراءات يقوم عليها نظام الإفلاس، فلا تقصر يد التاجر عن ماله ولا يفقد الحقوق المتعدّدة له" [٣٥].

وذهب رأي آخر إلى أنهما طريقٌ لمنع التنفيذ على أموال الشركة – التاجر – وتصفيتها، ويهدف إلى حصول الشركة – التاجر – التي حلّت آجال دفع ديونها على الصلح من طرف الدائنين من أجل تفادي شهر إفلاسها وإنقاذها من آثاره، وبذلك فإن نظاميّ التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة يمثلان إجراءات وقائية سابقة على الإفلاس تمكّن الشركة – التاجر– من الاستمرار في نشاطها[٣٦].

(٣٤) انظر: المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

(٣٥) حسين طاهري، المفردات والمعاني، دار هومة، الجزائر، ٢٠٠٤، ص ٦٤.

(٣٦) وفاء شيعاوي، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠١٣، ص ١٠٩.

وقد عرّف مشروع القانون التسوية الوقائيّة بأنها: "إجراءات تهدف إلى اتفاق المدين ودائنيه على مقترح التسوية الوقائيّة..."، بينما عرف إعادة الهيكلة بأنها: "إجراءات تهدف إلى اتفاق المدين ودائنيه على خطّة إعادة الهيكلة، بمساعدة أمين إعادة الهيكلة وإشراف قاضي الإفلاس وفقاً لأحكام القانون"(٣٧). وبذلك نجد أن مشروع القانون لم يضع تعريفاً محدداً يمكن استخلاص مضمون التسوية الوقائيّة أو إعادة الهيكلة بشكل واضح وصريح، وأكثر من ذلك لم يحدّد معايير يمكن للمدين من خلالها الاختيار بين اللجوء إلى التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة.

أما القانون الأمريكي فيعرف "إعادة الهيكلة" في الفصل الحادي عشر من قانون الإفلاس الفدرالي(٣٨)، وتكون قابلة للتطبيق إذا كانت الشركة تريد الحفاظ على مواصلة عملها التجاري أثناء إعادة هيكلة ميزانيتها. وتنتهي العديد من الحالات التي تتم في ظل الفصل الحادي عشر بتصفية وبيع الأصول التجارية(٣٩). ويلاحظ أن الإجراءات القانونية الواردة في القانون الأمريكي غير مصممة للشركات فقط، بل تمتد إلى الأفراد(٤٠).

وخلاصة القول أن نظاميّ التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة عبارة عن إجراءات قانونية تهدف إلى حماية الشركة – التاجر– المتعثرة من شهر الإفلاس، وذلك لمواجهة حالة الاضطرابات العادية للشركة - التاجر– أو لمواجهة الأزمات العارضة مثل جائحة فيروس كورونا (Covid-19)، ومع ذلك يلاحظ أنه في نظام التسوية الوقائيّة يكون دور المحكمة فيها مقصوراً على قرار افتتاح الإجراءات والتصّديق على مقترح التسوية دون أن يكون لها دور فيها، فهي تكون بعيدة عن أروقة المحاكم، بينما في نظام إعادة الهيكلة فإن خطّة إعادة الهيكلة تقوم تحت إشراف المحكمة وبمساعدة الأمين، وذلك خشية قيام الشركة – التاجر– بتبديد الأموال مما يؤدي إلى إلحاق الضرر بمصالح الدائنين(٤١).

(٣٧) المادة (١) من المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

(٣٨) Title 11 of Bankruptcies Act of 1978, Public Law 95-598, 29 Stat 2549.

(٣٩) Charles M. Rubio &Freddi Mack, Top 10 Things Every Business Lawyer Should Know about Bankruptcy, Business Law Today, (December 2016), pp. 1.

(٤٠) Oscar Couwenberg& Stephen J. Lubben, Corporate Bankruptcy Tourists, American Bar Association, the Business Lawyer, Vol. 70, No. 3 (SUMMER 2015), pp. 722.

(٤١) معوض عبد التواب، مرجع سابق، ص ٦١٣.

الفرع الثاني
خصائص التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة

يتميّز نظاما التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة بعدة خصائص أساسية تميزهما عن بقية الأنظمة، منها أن الهدف الأساسي لقيام هذين النظامين هو حماية الشركات – التجار – باعتبارهما نظامين مانعين من الإفلاس، وذلك دون الإخلال بمصالح الدائنين، وكذلك حماية التاجر حسن النيّة والدائنين، كما أنها تستلزم صدور حكم قضائي، وعليه نورد أهم خصائص التسوية الوقائية وإعادة الهيكلة فيما يلي:

أولاً – تمكين الشركة – التاجر – المتعثرة من تجنّب شهر الإفلاس:

تعتبر كل من التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة وسيلة لوقاية الشركة – التاجر – المدينة من الإفلاس وما يتبعه من آثار، وذلك يرجع إلى اتفاق الشركة – التاجر – مع دائنيها وإعطائها أجلاً للوفاء بالدين أو إعفائها منه كلياً أو جزئياً وإبقائها على إدارة مشروعها أو تجارتها، فهذان النظامان يبعدان عن الدائنين إجراءات الإفلاس الطويلة والمعقدة والتي قد تكلفهم مبالغ باهظةً، ويضمنان لهم وفاء الشركة – التاجر – بالتزاماتها ولو بعد حين، وهذا الأمر أفضل لهم من إفلاس الشركة – التاجر – وخروجها من الحياة التجارية نهائياً[٤٢]. وبمقارنة مشروع القانون مع قانون التجارة الحالي نجد أن القانون الحالي ربط التوقّف عن دفع الديون التجارية باضطراب المركز المالي وذلك لشهر إفلاس الشركات – التجار – دون بيان لأي منهما، حيث نصت المادة (٥٥٥) من المرسوم بقانون رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠ بشأن إصدار قانون التجارة على أن: "كل تاجر اضطربت أعماله المالية، فتوقف عن دفع ديونه التجارية يجوز شهر إفلاسه". ومما لا شك فيه أن جائحة فيروس كورونا (Covid-19) ستجعل الكثير من الشركات – التجار – تتوقف عن دفع ديونها لما لها من آثار سلبية على الاقتصاد الوطني الذي شُلّت أركانه لما يقارب الأربعة أشهر حتى الآن، وهذا ما لم يحدث في الأزمة المالية العالمية عام ٢٠٠٨.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، غالباً ما تقدم الشركات طلب الإفلاس بموجب الفصل ١١ من قانون الإفلاس، والهدف منه هو إعادة التنظيم والبقاء في العمل

(٤٢) أحمد محرز، مرجع سابق، ص ١٣.

وتحقيق الأرباح مرة أخرى، وبذلك يُسمح للشركة بوضع خطط للربحية وخفض التكاليف وإيجاد طرق جديدة لزيادة الإيرادات[٤٣].

ثانياً - الصفة القضائية للإجراءات:

للاستفادة من نظاميّ التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة يلزم صدور قرار من قاضي الإفلاس بافتتاح الإجراءات، وذلك باتباع جملة من الإجراءات من خلال تقديم طلب الحصول على التسوية الوقائيّة أو إعادة الهيكلة من المحكمة المختصة التي تقوم بالتحقّق من توافر جميع الشروط المطلوبة في التسوية الوقائيّة أو إعادة الهيكلة، وتبدأ هذه الإجراءات بصدور حكم بافتتاح الإجراءات.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية يتم التعامل مع جميع قضايا الإفلاس خلال المحاكم الفيدرالية. ويتخذ قاضي الإفلاس جميع القرارات المتعلقة بقضايا الإفلاس، بما في ذلك ما إذا كان المدين مؤهلاً للتقديم، وما إذا كان ينبغي إعفاؤه من ديونه. وغالباً ما يتم التعامل مع إدارة قضايا الإفلاس بواسطة أمين، وهو موظف يعينه برنامج الأمناء بالولايات المتحدة التابع لوزارة العدل، لتمثيل المدين في الإجراءات[٤٤]، وهو من يمثل حلقة الاتصال المباشر بين المدين والقاضي ما لم يكن هناك اعتراض في القضية من قبل الدائن.

ثالثاً - مراعاة حقوق المدينين والدائنين على نحو عادل:

وضُع نظاما التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة من أجل حماية الشركات - التجار- من جهة، بهدف إعادتها على رأس تجارتها وإدارتها، وبما يضمن تحقيق مصلحة الدائنين من الحصول على دائنيتهم، ولا تمنح التسوية الوقائيّة أو إعادة الهيكلة إلا للتاجر الذي يجوز شهر إفلاسه؛ لأنهما نظامان خاصان بالتجار الذين لم يرتكبوا غشاً أو خطأ جسيماً متى ثبت ذلك بحكم قضائي، ويكون للشركة - التاجر- الحق في الاستفادة من التسوية الوقائيّة أو إعادة الهيكلة عند توقّفها عن الدفع. كما أنهما يقدّمان حماية للدائنين الذين يريدون الحصول على الديون المستحقة لهم والحالّة كاملة أو معظمها بحسب الأحوال، وبذلك يهدف نظاما التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة إلى إمكانية حصول الدائنين على كامل دائنيتهم أو معظمها من خلال جملة من

---

(٤٣) United States Courts. "Chapter 11 - Bankruptcy Basics." Accessed July 26, 2020, at https://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/bankruptcy-basics/chapter-11-bankruptcy-basics.

(٤٤) Department of Justice. "U.S. Trustee Program." Accessed July 26, 2020, at https://www.justice.gov/ust.

الإجراءات والآليات التي يوافقون عليها ابتداءً، وبالتالي تصب في مصلحة الدائنين والمدين معاً.

المطلب الثاني
أحكام التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة

التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة نظامان يتعلقان بالتجار دون غيرهم، فلا تسري أحاكمهما على غير التجار. وبما أن نظاميّ التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة تهدف أحكامهما إلى تفادي إفلاس الشركة - التاجر- المتعثرة أو المتوقفة عن سداد ديونها، فمن الطبيعي أن يُشترط في المقام الأوّل لدى مقدّم طلب التسوية الوقائيّة أو إعادة الهيكلة عدة شرائط. وقد نظم مشروع القانون أحكام التسوية الوقائيّة في المواد من (٥٨) إلى (٩٦)، بينما نظم أحكام إعادة الهيكلة في المواد من (٩٧) إلى (١٣٠) منه. وعليه سنتناول الأحكام الواجب توافرها لتحقق التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة، والآثار المرتبة عليها.

الفرع الأول
الشروط الواجب توافرها في طلب التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة

نتناول في هذا الفرع مسألتين هما: من يحق له تقديم طلب افتتاح الإجراءات، والشروط الواجب توافرها في مقترح التسوية الوقائيّة أو خطّة إعادة الهيكلة والاستثناءات الواردة عليها.

أولاً - من يحق له تقديم طلب افتتاح الإجراءات:

للمدين أن يتقدّم لإدارة الإفلاس بطلب افتتاح إجراءات التسوية الوقائيّة أو إعادة الهيكلة أو شهر الإفلاس خلال موعد أقصاه شهران من تاريخ التوقّف عن الدفع، أو من التاريخ الذي توافرت فيه معلومات لديه ترجح بأنه سيعجز عن سداد ديونه عند استحقاقها[٤٥]. أما الدائنون والجهات الرقابية فيتقدمون بطلب بإعادة الهيكلة أو شهر الإفلاس، إذا كانوا قد سبق وأن أخطروا المدين بضرورة الوفاء بالدين المستحق عليه ولم يبادر بالوفاء به خلال ثلاثين يوم عمل من تاريخ الإخطار[٤٦]. وبذلك فإنه وفقاً

---

(٤٥) انظر: المادة (١٣) من المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

(٤٦) انظر: المادة (١٤) والمادة (١٦) من المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

لمشروع القانون فإن طلب افتتاح إجراءات التسوية الوقائيّة يقتصر على المدين دون الدائنين أو الجهات الرقابية(٤٧). وفي الحقيقة لم نقف على سبب تبنّى هذا التوجه.

وفي حال تقدّم المدين بطلب افتتاح إجراءات التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة في الوقت ذاته، فيجب أن يقدّم طلب افتتاح إجراءات التسوية الوقائيّة على إعادة الهيكلة أو الإفلاس(٤٨). أما إذا تعدّد تقديم طلبات التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة وشهر الإفلاس، فإن الأولوية تكون للطلب المقدم في افتتاح إجراءات إعادة الهيكلة باعتباره طلباً أصلياً، وشهر الإفلاس باعتباره طلباً احتياطياً، ويصدر قاضي الإفلاس قراره في ذلك(٤٩). ومن خلال اطلاع المحكمة على الوثائق والمستندات التي يقدمها المدين، تستطيع المحكمة أن تقدر مدى جدارة المدين بالتسوية الوقائيّة، فإما أن ترفض ذلك أو تقبله متى توافرت فيه شروطه القانونية(٥٠). وقد أكد الفقه أن هدف هذا التوجه هو مساعدة الشركات التجارية في النطاق الضيّق، وتحقيق مساهمة فعليّة للإصلاح الاقتصادي على النطاق الواسع(٥١).

ومما تقدم نجد أن مشروع القانون أعطى الشركة – التاجر- المتعثرة والدائنين والجهات الرقابية إمكانية تقديم طلب افتتاح الإجراءات، وذلك بغية تصحيح أوضاع الشركة – التاجر – من التوصل إلى تسوية ودية أو إعادة هيكلة مع دائنيه تحفظ حقوقهم، وتمكنه من العوده إلى ممارسة نشاطه الاقتصادي مرة أخرى.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، يبدأ افتتاح الإجراءات بموجب الفصل ١١ من قانون الإفلاس الأمريكي بتقديم التماس إلى محكمة الإفلاس التي تخدم المنطقة التي يوجد فيها محل إقامة أو سكن المدين. قد يكون الالتماس طلباً طوعياً، يقدمه المدين، أو قد يكون التماساً غير طوعي يقدمه الدائنون الذين يستوفون متطلبات معينة(٥٢).

(٤٧) علي قاسم، قانون الأعمال: الإفلاس في القانون رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ٢٤٧.

(٤٨) انظر: المادة (١٧) من المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

(٤٩) انظر: المادة (١٧) من المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

(٥٠) معوض عبد التواب، مرجع سابق، ص ٢٠٨.

(٥١) سميحة القليوبي، الموجز في أحكام الإفلاس، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٢٤١.

(٥٢) 11 U.S.C. 301, 303; Fed. R. Bankr.

ثانياً – الشروط الواجب توافرها في التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة:

يجب على مقدّم مقترح التسوية الوقائيّة أو خطّة إعادة الهيكلة – بحسب الأحوال – أن تتوافر لديه شروط موضوعية معينة تتلخص فيما يلي(٥٣):

١ – أن يكون المدين متوقّفاً عن الدفع، أو يكون هناك من الأسباب ما يجعله يتوقّع أو يخشى من العجز عن سداد ديونه عند استحقاقها كلها أو بعضها، وهذا الأمر ليس موجوداً في ظل قانون التجارة الحالية الذي تبنى فكرة التوقف عن الدفع مع اضطراب المركز المالي للتاجر لشهر إفلاسه.

٢ – أن يكون في حالة عجز في المركز المالي، أو أن يكون هناك من الأسباب ما يجعله يتوقّع أو يخشى أن يكون مركزه المالي في حالة عجز عند استحقاق ديونه بعضها أو كلها.

٣ – أن تكون أعمال المدين قابلة للاستمرارية، وبذلك لا يمكن قبول طلب افتتاح الإجراءات سواء التسوية الوقائية وإعادة الهيكلة طالما أن الشركة - التاجر– لم يقدم ما يفيد أن أعماله قابلة للاستمرار.

ثالثاً – الاستثناءات الواردة على الشروط السابقة(٥٤):

١ – إذا كان قد سبق للدائنين أن رفضوا مقترحاً بالتسوية الوقائيّة أو إعادة الهيكلة، أو كان قد سبق لقاضي الإفلاس أن أصدر قراراً برفض التصديق على مقترح بالتسوية الوقائيّة، حتى لو كان ذلك عن ديون أخرى للمدين غير المقدم بشأنها الطلب، فلا يجوز تقديم الطلب إلا بعد انقضاء ثلاثة أشهر من تاريخ اجتماع الدائنين، أو قرار قاضي الإفلاس المشار إليه.

٢ – إذا كان قد سبق وأن صدر قرار من قاضي الإفلاس أو حكم عن محكمة الإفلاس بإنهاء إجراءات التسوية الوقائيّة أو إنهاء إجراءات إعادة الهيكلة، حتى لو كان ذلك عن ديون أخرى للمدين غير المقدم بشأنها الطلب، فلا يجوز تقديم الطلب إلا بعد انقضاء ثلاثة أشهر من تاريخ صدور قرار قاضي الإفلاس، أو حكم المحكمة المشار إليه.

٣ – إذا كان قد سبق أنْ صدر حكم نهائي بشهر إفلاس المدين، فلا يجوز تقديم الطلب إلا بعد مرور ثلاث سنوات من انتهاء التفليسة.

---

(٥٣) انظر: المادة (٥٨)، والمادة (٩٧) من المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

(٥٤) انظر: المادة (٥٨)، والمادة (٩٧) من المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

٤ - إذا كانت المديونية المقدم بشأنها الطلب لازالت خاضعة لأية إجراءات وفقاً لهذا القانون تنفيذاً لقرار صادر بافتتاح الإجراءات وفقاً لهذا القانون، فلا يجوز تقديم الطلب.

٥ - ويضاف إلى ذلك حالة متعلقة فقط بإعادة الهيكلة تتمثل في أنه إذا كانت المديونية المقدم بشأنها الطلب لازالت خاضعة لإجراءات شهر الإفلاس تنفيذاً لقرار صادر بافتتاح الإجراءات وفقاً لهذا القانون، فيجب أن يستند مقدم الطلب على أن أعمال المدين قد أصبحت قابلة للاستمرارية، ويرفق بطلبه الدليل على ذلك.

ومع ذلك يجوز للمدين تقديم طلب افتتاح الإجراءات سواء في التسوية الوقائيّة أو إعادة الهيكلة في أي وقت إذا أرفق به ما يفيد الموافقة المسبقة للأغلبية المطلوبة على مقترح التسوية الوقائيّة أو إعادة الهيكلة المقدّم بشأنها الطلب.

الفرع الثاني

آثار صدور قرار افتتاح إجراءات التسوية الوقائيّة أو إعادة الهيكلة

صدور قرار افتتاح إجراءات التسوية الوقائيّة أو إعادة الهيكلة يرتّب العديد من الآثار تتعلّق بإدارة أعمال المدين وأمواله، ووقف المطالبات، وآجال الديون، وتشكيل لجنة الدائنين، وهذا ما سنتناوله في هذا الفرع.

أولاً - إدارة أعمال المدين وأمواله:

يظل المدين، بعد صدور قرار افتتاح إجراءات التسوية الوقائيّة أو إعادة الهيكلة قائماً بإدارة أعماله وأمواله، وله أن يقوم بجميع التصرفات التي يقتضيها تسيير نشاطه التجاري، بما لا يضر بمصالح الدائنين، ما لم يقرر قاضي الإفلاس غير ذلك. ولا يجوز للمدين القيام بأية تصرفات تقع خارج نطاق أعماله الاعتيادية إلا بعد الحصول على موافقة قاضي الإفلاس[٥٥]. ويضاف إلى ذلك أنه في إعادة الهيكلة تكون الإدارة تحت إشراف الأمين[٥٦]. ويتفق القسم ١١٠٧ من قانون الإفلاس الأمريكي في إمكانية أن تقوم الشركة - التاجر- بإدارة أموالها وأعمالها[٥٧].

---

(٥٥) انظر: المادة (٦٠)، والمادة (٩٩) من المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

(٥٦) الأمين هو "شخص مرخص له من الهيئة أو مسجل لديها في سجل مراقبي الحسابات يتولى المهام المبينة بهذا القانون". انظر: المادة (١) من المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

(٥٧) 11 U.S.C. 1106, 1107; Fed. R. Bankr. P. 2015(a).

ثانياً – وقف المطالبات:

١ – **التسوية الوقائيّة:** يترتّب على صدور قرار افتتاح إجراءات التسوية الوقائيّة وقف المطالبات لمدة الثلاثة أشهر اللاحقة لتاريخ صدور القرار(٥٨). ولقاضي الإفلاس، بناء على طلب المدين، أن يمدّد مدة وقف المطالبات لمرة أو أكثر على ألا تزيد في كل مرة عن شهر، وفي جميع الأحوال يجب ألا تزيد مدة وقف المطالبات عن ستة أشهر، وتقوم إدارة الإفلاس، بناء على طلب المدين، بتزويده بشهادة بوقف المطالبات ومدّة الوقف(٥٩). وعلى المدين أن يقوم، خلال فترة وقف المطالبات، ببذل العناية اللازمة لإقناع دائنيه بالتصويت بالموافقة على مقترح التسوية الوقائيّة، كما يلتزم بتزويد الدائنين بكافة المستندات والمعلومات والبيانات التي تمكنهم من اتخاذ قرار بشأن مقترح التسوية الوقائيّة، والرد على ما يقدم له من استفسارات من الدائنين(٦٠). وتنتهي فترة وقف المطالبات في حالة تصديق قاضي الإفلاس على مقترح التسوية الوقائيّة، أو صدور قرار عن قاضي الإفلاس بإنهاء إجراءات التسوية الوقائيّة أو انتهاء مدّة الثلاثة أشهر(٦١). ويقابل هذه المادة في القانون الأمريكي القسم ٣٦٢، حيث تضمن آلية لتأجيل إجراءات معينة ضد المدين(٦٢).

٢ – **إعادة الهيكلة:** يترتب على صدور قرار افتتاح إجراءات إعادة الهيكلة وقف المطالبات اعتباراً من اليوم التالي لتاريخ صدور هذا القرار وحتى تاريخ التصديق على خطّة إعادة الهيكلة، وعلى إدارة الإفلاس تسليم المدين – بناء على طلبه –

(٥٨) أكد ذلك رأي من الفقه حيث ذكر أنه بعد صدور قرار افتتاح إجراءات التسوية الوقائيّة توقف جميع الدعاوى والإجراءات في حق المدين. للمزيد انظر: عمر العطين، الصلح الواقي من الإفلاس في القانون وموقف الفقه الإسلامي منه، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤٠، العدد ١، ٢٠١٣، ص ١٣١.

(٥٩) انظر: المادة (٦١) من المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

(٦٠) انظر: المادة (٦٢) من المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

(٦١) انظر: المادة (٦٣) من المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

(٦٢) Emily Slagle, What the Gulf Oil Spill Reveals about the Consequences of Bankruptcy, Vermont Journal of Environmental Law, Vol. 13, No. 2 (Winter 2011), pp. 367.

إفادة بوقف هذه المطالبات[٦٣]. وتنتهي فترة وقف المطالبات بتصديق قاضي الإفلاس على خطّة إعادة الهيكلة، أو صدور قرار من قاضي الإفلاس بإنهاء إجراءات إعادة الهيكلة[٦٤].

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، يوفر افتتاح الإجراءات الوقف التلقائي لفترة زمنية يتم فيها تعليق جميع الأحكام وأنشطة التحصيل وحبس الرهن واستعادة الممتلكات، ولا يجوز للدائنين متابعتها بشأن أي دين أو مطالبة نشأت قبل تقديم طلب افتتاح الإجراءات[٦٥]. ومع ذلك، فإنه في ظل ظروف معينة، يمكن لصاحب الدين المضمون الحصول على إذن من المحكمة يستثنيه من الوقف التلقائي. وعلى سبيل المثال، عندما لا يكون للمدين حقوق ملكية في الممتلكات أو لا تكون الممتلكات ضرورية لإعادة الهيكلة، وفي هذه الحالة يمكن لصاحب الدين المضمون أن يطلب من المحكمة رفع الوقف للسماح له ببيع العقار وبيعه، والحصول على عوائد الدين[٦٦].

ثالثاً – آجال الديون:

لا يترتب على صدور قرار افتتاح إجراءات التسوية الوقائيّة أو إعادة الهيكلة حلول آجال الديون التي على المدين، ولا وقف سريان فوائدها، ويعتبر كأن لم يكن أي شرط يرد بالعقود المبرمة مع المدين ينص على خلاف ذلك[٦٧].

رابعاً – لجنة الدائنين:

في التسوية الوقائيّة يقوم المدين بالتنسيق مع الدائنين لتشكيل لجنة الدائنين، ويترأس اللجنة ويمثلها الدائن الحائز على أكبر قدر من ديون المدين[٦٨]. أما في إعادة الهيكلة فيُعِد الأمين سجلاً يدون فيه كافة دائني المدين المعلومين لديه، ويقدم نسخة

---

(٦٣) انظر: المادة (١٠٢) من المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

(٦٤) انظر: المادة (١٠٣) من المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

(٦٥) 11 U.S.C. 362(a(; Fed. R. Bankr.

(٦٦) 11 U.S.C. 362(d); Fed. R. Bankr.

(٦٧) انظر: المادة (٦٤) والمادة (١٠٤) من المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

(٦٨) انظر: المادة (٧٠) من المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

محدّثة من قيود ذلك السجل إلى إدارة الإفلاس(٦٩)، ومن ثم يتم تشكيل لجنة الدائنين، وهذا ما تم استسقاؤه من الفصل الحادي عشر من قانون الإفلاس الفدرالي الأمريكي، والذي تم تصميمه بحيث يتم تسديد الشركة لديونها في ظل تخصيص فئات الدائنين بشكل منظم(٧٠).

ويتميز قانون الإفلاس الأمريكي عن مشروع القانون بأن لجنة الدائنين تلعب دوراً رئيسياً في قضايا الفصل ١١ من قانون الإفلاس الأمريكي، حيث يتم اختيار اللجنة من قبل الأمين، وتتألف عادة من الدائنين غير المضمونين الذين لديهم أكبر سبع مطالبات غير مضمونة ضد المدين(٧١).

الفرع الثالث
الموافقة على مقترح التسوية الوقائيّة أو خطّة إعادة الهيكلة والتصديق عليه وتنفيذه

في هذا الفرع نتناول الموافقة على مقترح التسوية الوقائيّة أو خطّة إعادة الهيكلة، ومن ثم التصديق عليه، وبعد ذلك تنفيذه، وأخيراً انتهاء الإجراءات.

أولاً – الموافقة على المقترح:

يجب أن يشمل مقترح التسوية الوقائيّة أو خطّة إعادة الهيكلة مجموعة من البيانات أهمها: خطّة المدين لمزاولة نشاطه، التأكيد على قابلية أعمال المدين للاستمرارية، نشاطات المدين التي يتعين وقفها أو إنهاؤها، أحكام وشروط تسوية أية التزامات، مدد السماح وخصومات الدفع، اقتراح مدّة أو مدد للسداد الكامل، الحقوق التي يحصل عليها الدائنون وفقاً لمقترح التسوية الوقائيّة أو إعادة الهيكلة بالمقارنة مع الحقوق التي يمكن أن يحصلوا عليها في حال شهر الإفلاس(٧٢). ويجوز أن يؤسَّس المقترح على أساس تخلّي المدين عن بعض أمواله مقابل تسوية ديونه كلها أو

---

(٦٩) انظر: المادة (١٠٦) من المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

(٧٠) Lindsey Simon, Chapter 11 Shapeshifters, American Bar Association, Administrative Law Review, Vol. 68, No. 2 (Spring 2016), pp. 237.

(٧١) U.S.C. 1102; Fed. R. Bankr.

(٧٢) انظر: المادة (٧٣)، والمادة (١١٨) من المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

بعضها[٧٣]. ويودع المدين نسخة من مقترح التسوية الوقائيّة لدى إدارة الإفلاس مرفقاً بها ملخص المقترح خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدور قرار افتتاح الإجراءات[٧٤]. أما فيما يتعلق بإعادة الهيكلة فيخطر الأمين إدارة الإفلاس كل شهر بمدى تقدّم سير إعداد خطّة إعادة الهيكلة[٧٥].

ثانياً – التصديق على المقترح:

يقوم قاضي الإفلاس خلال عشرة أيام عمل من تاريخ تسلّم إدارة الإفلاس للإخطار بموافقة الدائنين على مقترح التسوية الوقائيّة أو إعادة الهيكلة ومرفقاته بالتصديق على المقترح بعد التحقّق من أن المقترح حاز على موافقة الأغلبية المطلوبة، وأن المقترح تتوافر فيه معايير العدالة للدائنين المتأثرين[٧٦].

ثالثاً – تنفيذ المقترح:

يلتزم المدين بتنفيذ مقترح التسوية الوقائيّة وفقاً لما وافق عليه الدائنون وصدّق عليه قاضي الإفلاس، ويخطر إدارة الإفلاس بذلك، ويصدر قاضي الإفلاس قراراً بتمام تنفيذ مقترح التسوية وانتهاء إجراءات التسوية الوقائيّة خلال عشرة أيام عمل من تاريخ تسلّم إدارة الإفلاس للإخطار[٧٧]. أما فيما يتعلق بخطّة إعادة الهيكلة فيتولّى الأمين الإشراف على تنفيذ خطّة إعادة الهيكلة طيلة مدّة الخطّة وحتى الانتهاء من تنفيذها[٧٨]، ويقدم تقريراً بذلك عن تقدم تنفيذ الخطّة كل ثلاثة أشهر[٧٩]. وفي قانون

(٧٣) انظر: المادة (٧٥)، والمادة (١٢١) من المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

(٧٤) انظر: المادة (٧٤) من المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

(٧٥) انظر: المادة (١١٩) من المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

(٧٦) انظر: المادة (٨٢)، والمادة (١٢٤) من المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

(٧٧) انظر: المادة (٨٧) من المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

(٧٨) انظر: المادة (١٢٦) من المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

(٧٩) انظر: المادة (١٢٧) من المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

الإفلاس الفدرالي الأمريكي يكون للمدين أو الأمين خيار القبول أو الرفض أو قبول وتعيين عقود تنفيذية لخطّة إعادة الهيكلة[٨٠].

رابعاً – إنهاء الإجراءات:

١ – **التسوية الوقائيّة:** يجوز لمحكمة الإفلاس، بناء على طلب يقدّم إليها خلال الفترة اللاحقة لقرار التصديق على مقترح التسوية الوقائيّة وقبل تمام تنفيذ المقترح، أن تحكم بإنهاء إجراءات التسوية الوقائيّة، وذلك في حالة تحقق أي من الحالات الواردة في المادة (٨٩) والمادة (٩٣) من المشروع[٨١]. ويجوز لقاضي الإفلاس، بناء على طلب يقدّم إليه من المدين أو الجهة الرقابية أو الدائنين الذين يحق لهم تقديم طلب افتتاح الإجراءات وفقاً لهذا القانون، أن يقرر افتتاح إجراءات إعادة الهيكلة أو افتتاح إجراءات شهر الإفلاس[٨٢].

٢ – **إعادة الهيكلة:** يجوز لقاضي الإفلاس، بناء على طلب يقدم إليه خلال الفترة اللاحقة لقرار التصديق على خطّة إعادة الهيكلة وقبل تمام تنفيذ الخطّة، أن يحكم بإنهاء إجراءات إعادة الهيكلة، وذلك في حالة تحقّق أي من الحالات الواردة في المادة (١٢٩) من المشروع[٨٣]. ويجوز لقاضي الإفلاس بناء على طلب يقدّم إليه من المدين أو الأمين أو الجهة الرقابية أو أحد الدائنين أن يقرّر افتتاح إجراءات شهر الإفلاس[٨٤].

ومما سبق نجد أن مشروع الحكومة قدّم العديد من المعالجات لإنقاذ المشروعات ومن بينها التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة بشكل يترجم الأساليب المستحدثة للحماية وإنهاض المشروعات التجارية، ويجب النظر إلى هذا المشروع بعين الحرص لإصداره، خاصة في ظل جائحة فيروس كورونا (Covid-19)، والتي

---

(٨٠) Robert Eisenbach III, There’s Something Happening Here: Recent Bankruptcy Developments May Give Trademark Licensees Reason to Hope, Business Law Today, (May 2013), pp. 1. For Further See: 11 U.S.C. 365(a) (1) and (f).

(٨١) انظر: المادة (٨٩)، والمادة (٩٣) من المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

(٨٢) انظر: المادة (٩٤) من المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

(٨٣) انظر: المادة (١٢٩)، والمادة (٩٣) من المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

(٨٤) انظر: المادة (١٣٠) من المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

ستنتج زيادة مخاطر الإفلاس بين الشركات بسبب انخفاض الطلب على السلع والخدمات، وتناقص القدرة على التمويل الخارجي، وتراجع الاستثمارات، وانخفاض التحويلات من جهة، ومن جهة أخرى ما يقدمه مشروع الحكومة من قواعد مساعدة لضمان استمرار الشركات، حيث سمح بإعادة تنظيم المديونية، والحصول على قروض بشروط ميسّرة، وسمح ببروز فلسفة جديدة تعمل على مساعدة المدين تحت إشراف القضاء، كما حرص على تسريع مواعيد الإجراءات لتبلغ غايتها في وقت معقول.

المبحث الثاني
حلول عمليّة لجعل أعمال الشركة قابلة للاستمرار

تعتبر مسألة قابلية أعمال المدين للاستمرارية من المسائل المادية، التي يمكن أن يثبتها بكافة طرق الإثبات، بما فيها البينة والقرائن. وقد عُني مشروع الحكومة بتحديد قابلية أعمال المدين للاستمرار، حيث قرر أن أعمال المدين تكون قابلة للاستمرارية إذا قدمت الشركة – التاجر– المدينة تقريراً فنياً صادراً من أحد الأشخاص الذين يجوز لهم القيام بمهام الأمناء وفقاً لمشروع القانون، يتضمن أن المدين سيتمكن من الاستمرار في سداد ديونه التي ستخضع للتسوية الوقائيّة أو إعادة الهيكلة في السياق العادي لممارسة أعماله، وأنه سيترتّب على الموافقة على مقترح التسوية الوقائيّة أو إعادة الهيكلة أن تعود أعمال المدين إلى الربحيّة(٨٥).

أما فيما يتعلق بقانون الإفلاس الفدرالي الأمريكي، فإنه يحفّز على إعادة تنظيم الشركات القابلة للاستمرارية وتصفية الشركات غير القابلة للاستمرار بتكلفة منخفضة، حيث يعترف القانون الأمريكي بأن إبقاء الأعمال التجارية القابلة للاستمرارية هو النتيجة الأكثر فعاليّة للدائنين والموظفين وموردي الشركة. ومع ذلك، يجب أن يتم الاستحواذ على الشركات الأقل نجاحاً من قبل مالكين أكثر قدرة أو تصفيتها من خلال بيع أصولها، بحيث تستمر فقط الأصول الأكثر كفاءة للموارد الاقتصادية في العمل كشركات نشطة(٨٦).

ولاعتبار أعمال الشركة قابلة للاستمرار يتطلب توافر عدة شروط منها:

الأول: أن يكون عجز الشركة طارئاً كتلك التي تنتجها الأزمات الاقتصادية أو السياسية أو حتى في حالات الجوائح العامة مثل جائحة فيروس كورونا (Covid-19)، بحيث يتوقّع تحسن وضعها وقدرتها على قضاء الديون خلال فترة معينة، ويُرجع في تقدير ذلك إلى أهل الخبرة، كالأمناء مثلاً.

الثاني: أن يثبت لدى القضاء أن توقف الشركة عن الوفاء بديونها ليس تقصيريّاً أو احتياليّاً. وعلى الشركة عبء إثبات ذلك.

---

(٨٥) انظر: المادة (١) من المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

(٨٦) Elena Cirmizi, Leora Klapper& Mahesh Uttamchandani, The Challenges of Bankruptcy Reform, Oxford University Press, the World Bank Research Observer, Vol. 27, No. 2 (August 2012). pp. 185-186.

الثالث: أن تكون الحماية للأصول الضرورية للشركة، وهي التي يترتب على بيعها توقف نشاطها كلياً، كالمصانع والأصول الثابتة. أما الأصول الاستثمارية ونحوها فيجب تصفيتها للوفاء بديونها للدائنين إذا لم يمكن الوفاء إلا منها.

الرابع: أن تكون الحماية مؤقتة بمدة معلومة، فإذا لم تتمكن من الخروج من حالة التوقّف عن دفع ديونها خلال هذه المدّة، فيمكن للدائنين تقديم طلب شهر إفلاسها وفق الإجراءات المتبعة قانوناً.

ولجعل أعمال المدين قابلة للاستمرار من خلال واقع هذه الشركات المتعثرة الناتجة بناءً على الأزمات السياسيّة أو الاقتصاديّة أو الكوارث العامة أو كما في حالات الجوائح العامة مثل جائحة فيروس كورونا (Covid-19) والتي تعد سبباً رئيسياً في تعثرها، نقدم مجموعة من الحلول العمليّة التي يمكن أن تخرجها من أزمة التعثّر أو التوقّف عن الوفاء بديونها الحالة، ويحفظ حق الدائنين، ويعطي هذه الشركات فرصة للاستمرار دون أن يلحقها ضرر بليغ. ويمكن عرض هذه الحلول من خلال ثلاثة مطالب: نتناول في الأول الحصول على تمويل ورسملة الديون، وفي المطلب الثاني نتناول سداد الدين بأصل وبيع السلع، أما المطلب الثالث فنتناول فيه التأمين على الديون.

المطلب الأول
الحصول على تمويل ورسملة الديون

سنعرض في هذا المطلب نوعين من الحلول العملية التي تتعلق بالمسائل المالية، والتي يمكن من خلالها تجنيب الشركات المتوقّفة عن دفع ديونها من الإفلاس، وتتمثّل هذه الحلول في الحصول على تمويلٍ جديد، ورسملة الديون، ومما لا شك فيه أن هذه الحلول ستقلل من حدة الآثار الناتجة عن أزمة جائحة فيروس كورونا (Covid-19) على الشركات – التاجر- المتعثرة في سداد التزاماتها.

الفرع الأول
الحصول على تمويل

مما لا شك فيه أي جائحة فيروس كورونا (Covid-19) ستؤدّي إلى انخفاض الطلب على السلع والخدمات، وكذلك تراجع الاستثمارات، مما سيؤدي إلى أزمة سيولة لدى معظم الشركات – التجار، ويمكن لهذه الشركات – التجار – التي تتعثر بسبب نقص السيولة أو خسارة جزء من نقص المال اللجوء إلى التمويلات الجديدة لعلاج

أزمة التوقّف عن الدفع، سواء أكان ذلك من خلال الاقتراض من البنوك أم من الحكومة أم الحصول على تسهيلات مصرفية، ويجب أن يراعى في هذا التمويل أن يكون للدائن الأولوية في الاستيفاء، متى كان هذا التمويل لازماً لأعمال المدين، ولا يضر بمصلحة الدائنين(٨٧).

ويمكن أن يكون هذا التمويل مضموناً بترتيب رهن على أي من أموال المدين غير المرهونة أو المرهونة، وفي الحالة الأخيرة يكون الرهن تالياً في مرتبته للرهن أو الرهون المترتبة على الأموال المطلوب رهنها، ويمكن أن يكون هذا التمويل مضموناً بترتيب رهن على أي من أموال المدين المرهونة مساوياً في مرتبته لمرتبة أي رهن قائم على الأموال المطلوب رهنها أو متقدماً عليه، وفي هذه الحالة يجب موافقة الدائن المرتهن.

وفي نطاق أكثر ضيقاً يمكن للبنوك الاستفادة من وثيقة الضمان التي يصدرها البنك المركزي نيابة عن الدولة لضمان كل من العجز في المخصصات الواجب تكوينها مقابل محفظة التسهيلات الائتمانية والتمويل والانخفاض في عناصر كل من محفظة الاستثمارات المالية والمحفظة العقارية لدى أي من البنوك(٨٨).

كما يمكن لشركات الاستثمار التي تواجه مشاكل مالية وتحتاج إلى معالجة أوضاعها بما يساعدها على الاستمرار والوفاء بالتزاماتها الحصول على تسهيلات حكومية من خلال وثائق الضمان التي يصدرها البنك المركزي، والتي يمكن للحكومة مد يد العون لهذه الشركات بما يعود بالنفع على الحكومة والشركة معاً، إلا أنه يشترط على هذه الشركات للاستفادة من وثائق الضمان أن تتمتع بملاءة مالية، وتكون لديها القدرة على مواصلة نشاطها(٨٩)، وتقاس الملاءة المالية بمدى كفاية أصول الشركة لمقابلة سداد التزاماتها قصيرة أو طويلة الأجل، ويدخل في ذلك التدفقات النقدية المستقبلية(٩٠).

---

(٨٧) انظر: المواد من (٦٧) إلى (٦٩) من المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.

(٨٨) للمزيد انظر: المواد من (٢) إلى (٩) من القانون رقم (٢) لسنة ٢٠٠٩ بشأن تعزيز الاستقرار المالي للدولة.

(٨٩) للمزيد انظر: المواد من (١٠) إلى (١٤) من القانون رقم (٢) لسنة ٢٠٠٩ بشأن تعزيز الاستقرار المالي للدولة.

(٩٠) انظر: الفقرة (١٣) من المادة (١) من القانون رقم (٢) لسنة ٢٠٠٩ بشأن تعزيز الاستقرار المالي للدولة.

الفرع الثاني
رسملة الديون

في ظل جائحة فيروس كورونا (Covid-19) فإنه قد لا يكون أمام شركات كثيرة بديل آخر عن الإفلاس، وذلك في حالة تراكمت ديونها بشكل كبير، الأمر الذي يشكل ضغطاً كبيراً عليها، وبالتالي، يمكن لهذه الشركات تحويل ديونها النقدية إلى جزء من رأس مالها، وهذه العملية تعرف بمصطلح رسملة الديون، وتهدف هذه العملية إلى إبقاء الشركة في السوق واستمرار أعمالها، ودعم مركزها المالي، وإنقاذها ودفعها لتنفيذ مشاريع أخرى تدر أرباحاً على مساهميها، ويستفيد منها اقتصاد الدولة بشكل عام.

ويقصد برسملة الديون قيام الشركة بسداد دينها عن طريق إعطاء الدائن حصة في الشركة أو شركة أخرى تملكها مقابل دينها[٩١]؛ أي تحويل الديون إلى رأس مال، أي إلى أسهم في الشركة، وذلك عن طريق زيادة رأس مال الشركة المدينة عبر إصدار أسهم يساهم الدائن فيها بدينه المستحق على الشركة.

وقد تبنّى القانون رقم (١) لسنة ٢٠١٦ بإصدار قانون الشركات رسملة الدين، حيث نصت المادة (١٥٩) منه على أن: "تتم تغطية زيادة رأس المال بأسهم تسدد قيمتها بإحدى الطرق التالية: ... ٣. تحويل دين على الشركة أو السندات أو الصكوك إلى أسهم..."[٩٢]، ويلاحظ أن المناط بهذا التوجه هو الشركة المساهمة دون غيرها من الشركات، حيث إنه لا يجوز لغير الشركات المساهمة إصدار الأسهم، بل أن قانون الشركات عاقب كل من وجّه دعوة إلى الجمهور للاكتتاب في أسهم أو سندات صادرة باسم شركة غير مساهمة[٩٣].

وحسناً فعل المشرّع الكويتي في تبنّيه رسملة الدين، لما فيه من الإيجابيات الكثيرة، فهذا المبدأ جديد على الاقتصاد الكويتي. وتجدر الإشارة إلى أن هذا المبدأ مُتَبنّى في اقتصادات دول كثيرة[٩٤]، خاصة الولايات المتحدة وفرنسا، حيث يساعد الشركات على إعادة هيكلة ديونها، ويجعلها قادرة على مواجهة أي مشاكل للسيولة، أو

---

(٩١) عصام العنزي، مرجع سابق، ص ٤٨١.

(٩٢) انظر: المادة (١٥٩) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠١٦ بإصدار قانون الشركات، (الكويت).

(٩٣) للمزيد انظر: المواد (٣) و(٣٦) و(٣٠٣) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠١٦ بإصدار قانون الشركات.

(٩٤) انظر: المادة (٢٢٥) من القانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٥ بإصدار الشركات، (الإمارات).

المشاكل الناتجة عن تحمل أعباء ديونها، وبالتالي تتجنب الشركة الإفلاس، كما يتجنب الاقتصاد بطالة آلاف العمال، وخسارة شركات منتجة تساعد في نهضته[٩٥].

المطلب الثاني
سداد الدين بأصل وبيع السلم

نعرض في هذا المطلب نوعين آخرين من الحلول العمليّة يتعلقان بتقديم مقابل لانقضاء الدين، ويمكن من خلال هذين النوعين إبعاد الشركة – التاجر – عن التعرض للإفلاس، ويتمثلان في سداد الدين بأصل، وجعل الدين ثمناً في بيع السَلَم. وبلا شك فإن الحلول ستسهم في فتح الآفاق لدى الشركات – التاجر- المتعثرة في سداد التزاماتها، الأمر الذي ينعكس معه مواجهة الآثار الناتجة عن أزمة جائحة فيروس كورونا (Covid-19) على المستوى الاقتصادي.

الفرع الأول
سداد الدين بأصل

قد يكون للشركات – التجار- المتعثرة من الأصول التي تفوق حجم ديونها، إلا أنها لا تستطيع بيع تلك الأصول في السوق إما لانخفاض قيمتها انخفاضاً كبيراً، أو لعدم وجود مشترٍ لتلك الأصول، فيمكن لهذه الشركات سداد ديونها من خلال نقل ملكية هذه الأصول إلى الدائن بعد تقويمها وفقاً للمادة (١٥) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (١) لسنة ٢٠١٦ بإصدار قانون الشركات والتي تنص على أنه: "يجب تقويم الحصص العينية بمعرفة أحد مكاتب التدقيق، وذلك بناء على طلب مؤسسي الشركة أو القائمين على إدارتها".

ولإتمام هذه العملية يجب رضا الدائن بهذا التنازل، على أن تُخصم من قيمة الدين، كما يمكن منح المدين أفضلية استئجار هذا الأصل إن رغب في استئجاره بعد نقل ملكيته للدائن، وذلك على ألا يكون هناك شرط أو ربط بين العقدين، وبهذه الطريقة

---

(٩٥) وتضيف الرابطة الدولية للمقايضات والمشتقات لتدوين "الاتفاقيات الرئيسية" أنه يمكن التعامل مع المشتقات المالية للشركات في الإفلاس، والتي يكون لها الهدف الرئيسي المتمثل في توفير الاستقرار للأسواق المشتقة، حيث يمكن مد الإعفاءات للمشتقات لسنوات، وذلك مع مراعاة نفس هدف الاستقرار. Patrick Bolton & Martin Oehmke, Should Derivatives Be Privileged in Bankruptcy? Wiley for the American Finance Association, The Journal of Finance, Vol. 70, No. 6 (DECEMBER 2015), pp. 2387.

لا يتضرر الدائن من عدم سداد المدين التزاماته في الأجل المحدّد؛ لأنه سوف يقيّد في سجلاته أنه تملك أصلاً فلا يحتاج لأخذ مخصصات نقدية، كما أن المدين لن يتضرر متى تم تقويم هذا الأصل بسعر مناسب بحسب الاتفاق مع الدائن(٩٦).

الفرع الثاني

جعل الدين الحال ثمناً في بيع السلم

يعتبر بيع السَلَم بيع مال مؤجّل التسليم بثمن معجّل(٩٧). ولم يتناول القانون المدني الكويتي ولا القانون المدني المصري عقد السَلَم بنص خاص؛ لأن بيع الشيء المستقبلي جائز مادام أنه ممكن الوجود، والبيع على هذا النحو يخضع للقواعد العامة(٩٨).

ويرى جانب من الفقه أن بيع السَلَم يعد متفقاً مع القواعد العامة المنظمة لمحل العقد وليس استثناء عليها كما هو الحال في الفقه الإسلامي، ويرى أنه ليست هناك ضرورة تستدعي بحث السَلَم في قواعد خاصة(٩٩). ومثال ذلك قيام شخص بإعطاء مزارع مبلغاً من المال نقداً حالاً على أن يعطيه المزارع مقابله من المحصول في موسم الحصاد القادم، في المكان الذي حدده له وبالقدر والوصف الذي تمّ الاتفاق عليه بينهما(١٠٠).

ويمكن أن يدخل بيع السَلَم لحل إشكالية التعثّر أو التوقّف عن الدفع الذي تنتجه جائحة فيروس كورونا (Covid-19)؛ حيث إنه إذا حل أجل الدين، ولم تتمكن الشركة – التاجر– من أن تؤدي دينها في موعد استحقاقه، يمكن للدائن أن يدخل معها في بيع البضائع والسلع الموصوفة في الذمّة ويحدَّد لتسليمها زمناً محدداً، ويكون الثمن مقابل الدين الحال، وقد يدخل الدائن مع شخص آخر في اتفاقية يَعِد فيها ذلك الشخص أن يشتري السلع الموصوفة في الذمّة بعد حيازة الدائن لها(١٠١).

(٩٦) عصام العنزي، مرجع سابق، ص ٤٧٠.

(٩٧) انظر: المادة (٥٣٢) من القانون رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ بإصدار القانون المدني، (الأردن).

(٩٨) حسين الحميري، تعيين محل عقدي البيع والسلم "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، قدمت لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٥، ص ١٢٥.

(٩٩) علي العبيدي، العقود المسماة، للبيع والإيجار، دار الثقافة، عمّان، الطبعة الأولى، ٢٠١٢، ص ١٧٣.

(١٠٠) عصام العنزي، مرجع سابق، ص ٤٧١.

(١٠١) عصام العنزي، مرجع سابق، ص ٤٧٢.

فالدخول في مثل هذه العمليات لا شك أنه يساعد الشركة – التاجر– في أخذ أنفاسها إلى حين تحسّن أوضاع السوق، كما أنها تستطيع أن تجري عقد السَلَم على سلعٍ موصوفةٍ ضمن أصولها من البضائع، وبالتالي فإنها تبيع هذه الأصول بسعرٍ مناسبٍ لا يضرها، كما أن الدائن يقيد في دفاتره أنه اشترى سلعة أو أصلاً، وبالتالي لن يتأثر بعدم سداد الشركة – التاجر – دينها.

المطلب الثالث
التأمين على الديون

عرّف علماء الاقتصاد التأمين بأنه: "تحمّل خسارة مالية قليلة مؤكدة، مقابل تحمل خسارة أكبر محتملة، فهو تنظيم وإدارة تعتمد على جمع عدد من المخاطر المتشابهة للوصول إلى احتمالٍ أقل في وقوع المخاطر المحتملة"(١٠٢). والتأمين عبارة عن نظام أو أسلوب ينطوي على اتفاق مسبق بين طرفين يتم من خلاله تحويل الخطر المعرّض له المؤمَّن له إلى المؤمِّن مقابل دفع مبلغ معين يمكن من خلاله تغطية الخسائر المحتملة والقابلة للقياس كلياً أو جزئياً، وبمقتضاه يتم نقل عبء الخطر المتوقّع من خسائر مادية محتملة إلى المؤمِّن بطريقة تسمح بتوزيع الخطر على عدد كبير من المستفيدين والمعرضين لذات الخطر أو الأخطار المتشابهة، وذلك بهدف حماية الأفراد والمؤسسات من الأخطار محتملة الوقوع بصورة غير متعمدة من جانب المؤمن له، بطريقة تحقّق الصالح العام للمجتمع ودفع عملية التقدّم(١٠٣).

وتظهر أهمية التأمين على الديون عند تأخر المدين عن الوفاء بدينه، وهو ما يعرف اقتصادياً بالديون المتعثّرة(١٠٤)، وبذلك يواجه التأمين على الديون مسألة عجز المدين عن الوفاء بالدين لسبب خارج عن إرادته كالكوارث أو ضياع الأموال أو التعرض للسرقة أو الخسارة التجارية أو الموت أو الجوائح كجائحة فيروس كورونا (Covid-19)، ففي هذه الحالة تقوم شركة التأمين بسداد الدين عنه لتبرئة ذمته(١٠٥).

(١٠٢) عبد اللطيف الجناحي، التنمية والتأمين من منظور إسلامي، بحث من أعمال الندوة الفقهية الثانية لبيت التمويل الكويتي، ١٩٩٠، ص ٦٨.

(١٠٣) مختار الهانسي، مبادئ التأمين بين الجوانب النظرية والأسس الرياضية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، ٢٠٠٨، ص ٨٤.

(١٠٤) محمد الزحيلي، التأمين على الديون في الفقه الإسلامي، مؤتمر وثاق الأول للتأمين التكافلي، الكويت، ٢٠٠٦، ص ٢٤.

(١٠٥) محمد الزحيلي، مرجع سابق، ص ٢٧.

وبلا شك، فإن التأمين على الديون قد لا يكون الحل الأمثل والأكثر ملاءمة وتوقيتاً في ظل جائحة فيروس كورونا (Covid-19)، إلا أنه يعد حلاً مستقبلياً ممتازاً قبل وقوع الأزمات أو الكوارث أو الجوائح العامة؛ حيث يمكن اللجوء إلى التأمين كحل للخروج من هكذا أزمات، وذلك من خلال التأمين على الديون أو البضائع أو السلع أو ضد السرقات والحرائق بجميع أشكالها، حيث إنه يمكن للشركات الاستفادة من وثائق التأمين في حال تعثّرها أو توقّفها عن الوفاء بديونها من خلال المبالغ التي تكون شركات التأمين ملزمة بدفعها.

الخاتمة:

مما لا شك فيه أن النتائج التي ستخلفها جائحة فيروس كورونا (Covid-19) صعبة على الشركات التي توقفت عن دفع ديونها، والتي سيسلك دائنوها طريق شهر الإفلاس، وذلك في ظل قانون التجارة الحالي الذي خلا من آلية أو وسيلة لإنقاذ الشركات - التجار- المتوقّفة عن دفع ديونها، والذي يعد حجر عثرة أمام الاقتصاد الوطني من التطور أو الازدهار.

كما أن الحكومة قدمت مشروع قانون التسوية الوقائيّة أو إعادة الهيكلة والإفلاس من خلال المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ قبل عام تقريباً من وقوع الأزمة، وذلك بهدف توفير آليات وتدابير وقائية تحفظ استمرار الشركات التجارية، وفي الوقت ذاته تحفظ حقوق الدائنين في استيفاء مديونيتهم في أقل وقت وأكثر سرعة، إلا أن هذا القانون لا يزال حبيس الأدراج في مجلس الأمة. ونخلص من هذه الدراسة إلى عددٍ من أهم النتائج والتوصيات:

أهم النتائج:

١ - ربط المشرع الكويتي في قانون التجارة الحالي التوقّف عن دفع الديون التجارية باضطراب المركز المالي، وذلك لشهر إفلاس الشركات - التجار- دون بيان لأي منهما.

٢ - يكاد يجمع الفقه على تبني المفهوم الحديث للتوقف عن الدفع، الذي ذهب إلى أن التوقّف عن الدفع لا يصلح أن يؤدي إلى شهر الإفلاس إلا إذا صاحبه فقد الشركة - التاجر - لائتمانها، أو ما يعبّر عن المركز المالي الميؤوس منه.

٣ - لا يتحقق التوقّف عن الدفع إلا إذا كان الدين تجارياً، محقّق الوجود ومعيّن المقدار وحال الأداء، وقد اعتبر قانون التجارة أن التوقّف عن دفع الدين قرينة على اضطراب الأعمال ما لم يثبت غير ذلك.

٤ - لم يتعرض كل من قانون الشركات أو قانون التجارة إلى مسألة نقص السيولة في ظل وجود أصول وموجودات تملكها الشركة - التاجر- المدينة أكبر بكثير من دينها والتي قطعاً لا يمكن القول معها بتوقف الشركة عن سداد ديونها، أو اضطراب مركزها المالي.

٥ - يمثل قانون التجارة بصيغته الحالية أحد أكثر المعوقات التي تواجه الشركات والدائنين، حيث تبرز هذه المعوقات في اتجاه المشرّع الذي يوجب استمرار المدين في الوفاء بديونه في موعد استحقاقها بغض النظر عن الظروف المحيطة به، ولذلك نجد أن شهر إفلاس الشركات - التجار - يعد أبرز الطرق المتاحة بمجرد توقفها عن الدفع إذا ما اقترنت باضطراب مركزها المالي.

٦ - قدمت الحكومة من خلال المرسوم بقانون رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ مشروع قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس، تضمن إدخال أنظمة جديدة تعالج ما غفل عنه المشرع في قانون التجارة الحالي، وأبرزها التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة اللذان يعدان من الطرق السريعة التي تعطي مساحة للمدين في لفظ أنفاسه، وللدائن في إمكانية حصوله على كامل المديونية أو معظمها في وقت أسرع وأقل تكلفة وأكثر مرونة وتعاونية.

٧ - من خصائص التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة أنهما نظامان مانعان من الإفلاس، ويتميزان بالصفة القضائية، ومقرران لمصلحة المدين والدائن.

٨ - التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة عقد بين الشركة - التاجر- المدينة والدائنين، وتصديق المحكمة عليه ما هو إلا عنصر قانوني لا يشوّه طبيعته العقدية، ويسري في حق الأقلية استثناء من مبدأ نسبية العقود.

٩ - يمكن جعل أعمال الشركات - التجار- قابلة للاستمرار من خلال الحصول على تمويل، أو رسملة الديون، أو سداد الدين بأصل، أو جعل الدين الحال ثمناً في بيع السلع، أو من خلال، أو بواسطة التأمين على الديون.

ويمكن إيجاز التوصيات فيما يلي:

١ - ضرورة قيام مجلس الأمة بإصدار مشروع قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس، وذلك تماشياً مع القوانين المقارنة، ومواجهة أزمة جائحة فيروس كورونا (Covid-19)؛ لأن ما ستنتجه من توقّف عن سداد الديون سيفوق بكثير مسألة التوقف في الظروف العادية.

٢ - ينبغي على مجلس الأمة مراجعة مفهوم التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة الواردين

في مشروع الحكومة، وذلك بجعلهما أكثر تحديداً ووضوحاً؛ وذلك لاستخلاص مضمون التسوية الوقائيّة أو إعادة الهيكلة.

٣ - ينبغي على مجلس الأمة وضع معايير تمكّن مقدم طلب افتتاح الإجراءات من كيفية اختيار الطلب الذي سيقدمه سواء طلب افتتاح إجراءات التسوية الوقائيّة أو طلب افتتاح إجراءات إعادة الهيكلة.

٤ - ينبغي على مجلس الأمة بيان سبب تبنّي مشروع القانون لحصر تقديم طلب افتتاح إجراءات التسوية الوقائيّة على المدين دون الدائنين أو الجهات الرقابية، أو الرجوع عنه، وبعبارة أخرى بيان لماذا لا يجوز للدائنين أو الجهات الرقابية تقديم طلب افتتاح إجراءات التسوية الوقائيّة؟

٥ - ينبغي على مجلس الأمة فيما يتعلق بتعدّد طلبات افتتاح الإجراءات أن يجعل الطلب الأصلي هو الطلب الذي قدم للمحكمة أولاً، والطلب الاحتياطي هو الطلب المقدم في تاريخ لاحق، وذلك بعكس ما تبناه مشروع القانون من أن الأولية تكون للطلب المقدم في افتتاح إجراءات إعادة الهيكلة باعتباره طلباً أصلياً، وشهر الإفلاس باعتباره طلباً احتياطياً، وفي كل الحالات يكون تقدير ذلك لمحكمة الموضوع.

٦ - يمكن للمشرع تبنّي تعديل قانون التجارة فيما يتعلق بجعل الدين الحال ثمناً في بيع السلم.

٧ - نوصي المشرع بمراجعة قانون الشركات في ما يتعلق بمسألة نقص السيولة في ظل وجود أصول وموجودات تملكها الشركة - التاجر - المدينة أكبر بكثير من دينها والتي قطعاً لا يمكن القول معها بتوقف الشركة عن سداد ديونها.

٨ - نوصي الباحثين بالبحث في مشروع القانون، ووضع ملاحظاتهم عليه، خاصة أنه لم يرَ النور بعد، لعل هذه الملاحظات تكون محل اهتمام من قبل المشرع ويأخذ بها، سواء عند إصداره هذا المشروع بقانون أو في حالة تعديله بعد إصداره.

المراجع

أولاً – المراجع العربية:

١ – القوانين والأحكام القضائية:

- المرسوم رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٩ بإحالة مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائيّة وإعادة الهيكلة والإفلاس.
- القانون رقم (٢) لسنة ٢٠٠٩ بشأن تعزيز الاستقرار المالي للدولة، (الكويت).
- المرسوم بقانون رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة، (الكويت).
- القانون رقم (١) لسنة ٢٠١٦ بإصدار قانون الشركات، (الكويت).
- القانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٥ بإصدار الشركات، (الإمارات).
- القانون رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ بإصدار قانون التجارة، (مصر).
- القانون رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ بإصدار القانون المدني، (الأردن).
- حكم محكمة التمييز في الدعوى رقم ٣٧٨/ ٢٠٠٠ تجاري جلسة ٢/٦/ ٢٠٠١، المبادئ القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الرابع، المجلد الأول، ٢٠١٦.
- حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٨٠٣٦ لسنة ٨٠ قضائية، الصادر في جلسة ٢٠١١/٣/٢٢، موقع محكمة النقض المصرية.
- حكم محكمة استئناف القاهرة، الدائرة التجارية الثامنة، في الاستئناف رقم ٥٢ لسنة ٧٥ قضائية، الصادر في ١٩٥٩/٥/٥، موسوعة جمعة.
- حكم محكمة استئناف القاهرة، الدائرة التجارية الثامنة، في الاستئناف رقم ١٥٩ لسنة ٧٦ قضائية، الصادر في ١٩٦٠/٢/٢٦، غير منشور.

٢ – الكتب والأبحاث:

- أحمد حسني، قضاء النقض التجاري (١٩٣١–١٩٩٩)، مطبعة باخوس وشرتوني، بيروت، ١٩٧٢.
- أحمد خليل، الإفلاس التجاري والإعسار المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
- أحمد محرز، نظام الإفلاس في القانون التجاري الجزائري، المطبعة الفنية، القاهرة، ١٩٨٠.

- إلياس ناصيف، الموسوعة التجارية الشاملة، الإفلاس، الجزء الرابع، عويدات للنشر والطباعة، بيروت، ١٩٩٩.
- ابن داود إبراهيم، نظام الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ٢٠٠٩.
- حسني المصري، القانون التجاري، الإفلاس، الطبعة الأولى، القاهرة، ١٩٨٨.
- حسين الحميري، تعيين محل عقدي البيع والسلم "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، قدمت لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٥.
- حسين طاهري، المفردات والمعاني، دار هومة، الجزائر، ٢٠٠٤.
- حمزة عبد الوهاب، نظام التسوية الوقائيّة في القانون التجاري الجزائري، دراسة مقارنة مع قانون التجارة المصري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٩.
- راشد راشد، الأوراق التجارية والإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٨.
- خالد حلمي، التنظيم القانوني لسوق الأوراق المالية في القانون المصري والكويتي مع دراسة أثر الأزمة المالية العالمية على أسواق المال العربية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠١٠.
- سميحة القليوبي، الموجز في أحكام الإفلاس، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
- عبد الحميد الشواربي، الإفلاس، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢.
- عبد اللطيف الجناحي، التنمية والتأمين من منظور إسلامي، بحث من أعمال الندوة الفقهية الثانية لبيت التمويل الكويتي، ١٩٩٠.
- عزيز العيكلي، أحكام الإفلاس والصلح الواقي، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ١٩٩٧.
- عزيز العيكلي، شرح القانون التجاري - أحكام الإفلاس والصلح الواقي منه، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، عمّان، ٢٠٠٣.
- عزيز العيكلي، النظام القانوني لتصرفات المفلس خلال فترة الريبة في قانون

التجارة الكويتي، مجلة الحقوق، السنة السادسة، العدد ٤١، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ١٩٨٢.

- عزيز العيكلي، تعيين تاريخ الوقوف عن الدفع في حكم الإفلاس، مجلة الحقوق، السنة التاسعة، العدد الرابع، كلية الحقوق جامعة الكويت، ١٩٨٥.
- عصام العنزي، تعثر المؤسسات المالية الإسلامية بسبب نقص السيولة والطرق المقترحة لمعالجته، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد ٣٠، ٢٠١٢.
- علي البارودي، ومحمد العريني، القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس وفقاً لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
- علي العبيدي، العقود المسماة، للبيع والإيجار، دار الثقافة، عمّان، الطبعة الأولى، ٢٠١٢.
- علي قاسم، قانون الأعمال: الإفلاس في القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.
- علي قاسم، مبادئ القانون التجاري في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار النهضة العربية، ٢٠١٠.
- عمر العطين، الصلح الواقي من الإفلاس في القانون وموقف الفقه الإسلامي منه، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤٠، العدد ١، ٢٠١٣.
- فايز رضوان، القانون التجاري، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
- كمال أبو سريع، الإفلاس في القانون التجاري اليمني، دار النشر "دون"، ١٩٨٨.
- محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري، عمليات البنوك – الإفلاس، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، ١٩٥٧.
- محمد البكري، موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد، الإفلاس والصلح الواقي من الإفلاس، المجلد الرابع، دار محمود للنشر والتوزيع، دون سنة نشر.
- محمد الزحيلي، التأمين على الديون في الفقه الإسلامي، مؤتمر وثاق الأول للتأمين التكافلي، الكويت، ٢٠٠٦.

- محمد صالح، شرح القانون التجاري، الإفلاس، الجزء الثاني، دار الطباعة المصرية، الطبعة الرابعة، ١٩٤٠.
- محمود الشرقاوي، الوجيز في العقود التجارية والإفلاس، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤.
- محمود بربري، الوسائل القانونية لعلاج الأزمات المالية التي تواجه المشروعات، مرجع، مجلة القانون والاقتصاد، مطبعة جامعة القاهرة، العدد ٥٤، ١٩٨٤.
- محمود بربري، قانون المعاملات التجاري، (الإفلاس – الأوراق التجارية)، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- مختار الهانسي، مبادئ التأمين بين الجوانب النظرية والأسس الرياضية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، ٢٠٠٨.
- مصطفى طه، أصول القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس، الدار الجامعية، مصر، من دون سنة نشر.
- مصطفى طه، الأوراق التجارية وفقاً لأحكام القانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠١.
- مصطفى طه، القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت.
- معوض عبد التواب، الموسوعة الكاملة في الإفلاس، دار أكتوبر للإصدارات القانونية القاهرة، ٢٠٠٩.
- نسرين شريفي، الإفلاس والتسوية القضائية، دار بلقيس، الجزائر، ٢٠١٣.
- نبيل شيبان ودينا شيبان، قاموس أكرابيتا للعلوم المصرفية والمالية، الطبعة الثانية، مطبعة كركي، بيروت، ٢٠٠٨.
- هاني دويدار، مبادئ القانون التجاري، دراسة في قانون المشروع الرأسمالي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٧.
- وفاء شيعاوي، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠١٣.

ثانياً – المراجع الأجنبية:

- Anthony J. Casey & Aziz Z. Huq, The Article III Problem in Bankruptcy, The University of Chicago Law Review, Vol. 82, No. 3 (Summer 2015).

- Barry E. Adler, Game-Theoretic Bankruptcy Valuation, The University of Chicago Press, the Journal of Legal Studies, Vol. 41, No. 1 (January 2012).
- Charles M. Rubio &Freddi Mack, Top 10 Things Every Business Lawyer Should Know about Bankruptcy, Business Law Today, (December 2016).
- Elena Cirmizi, Leora Klapper& Mahesh Uttamchandani, The Challenges of Bankruptcy Reform, Oxford University Press, the World Bank Research Observer, Vol. 27, No. 2 (August 2012).
- Emily Slagle, What the Gulf Oil Spill Reveals about the Consequences of Bankruptcy, Vermont Journal of Environmental Law, Vol. 13, No. 2 (Winter 2011).
- Ernst-Ludwig von Thadden, Erik BerglGérard Roland, The Design of Corporate Debt Structure and Bankruptcy, Oxford University Press, the Review of Financial Studies, Vol. 23, No. 7 (July 2010).
- Frank M. Fossen, Personal Bankruptcy Law, Wealth, and Entrepreneurship-Evidence from the Introduction of a "Fresh Start" Policy, American Law and Economics Review, Vol. 16, No. 1 (Spring 2014).
- Lindsey Simon, Chapter 11 Shapeshifters, American Bar Association, Administrative Law Review, Vol. 68, No. 2 (Spring 2016).
- Oscar Couwenberg& Stephen J. Lubben, Corporate Bankruptcy Tourists, American Bar Association, the Business Lawyer, Vol. 70, No. 3 (SUMMER 2015).
- Patrick Bolton & Martin Oehmke, Should Derivatives Be Privileged in Bankruptcy? Wiley for the American Finance Association, The Journal of Finance, Vol. 70, No. 6 (December 2015).
- Robert Eisenbach III, There’s Something Happening Here: Recent Bankruptcy Developments May Give Trademark Licensees Reason to Hope, Business Law Today, (May 2013).
- Sryn B. Zuch, Alternatives to Franchisee Bankruptcy: Work-

outs, Compositions of Creditors, Assignments for the Benefit of Creditors, and Receiverships, American Bar Association, Franchise Law Journal, Vol. 33, No. 3 (Winter 2014).

- The French Commerce Code, Act no 2005-845 of 26 July 2005.
- The Germany Insolvency Code (Insolvenzordnung), came into effect January 1, 1999.
- The United States Bankruptcies Act of 1978, Public Law 95-598, 29 Stat 2549.

MECHANISMS OF RESCUING COMPANIES THAT HAVE A CESSATION OF PAYING THEIR DEBTS DUE TO COVID-19 PANDEMIC (COMPARATIVE ANALYTICAL STUDY)

Dr. Mohammad A R S Almutairi
Dr. Abdullah M Alhayan

In 2008, the global financial crisis produced negative repercussions on the global economy. That financial crisis has increased risk of bankruptcy among companies due to the decrease in demand for products and services, the diminishing capacity for external financing, the decline in investments, and the decrease in remittances. However, Covid-19 is not less dangerous than the global financial crisis, where this pandemic paralyzed the pillars of the national economy for nearly four months now. This situation has not happened in the global financial crises in 2008. Undoubtedly, Covid-19 will lead many companies or merchants to stop or falter paying their debts due to their negative effects. This study highlights a cessation of paying their debts and linking it with Covid-19, while considering the extent to which companies or merchants have a cessation of paying its debts due to an accident or a disturbance to their financial position which leads them to bankruptcy. This study also shed light on the mechanisms of rescuing companies or merchants that have a cessation of paying its debts and make their business viable. The first section demonstrates preventive settlement and restructuring as one of the means that could be adopted by the Kuwait National Assembly to spare companies or merchants from bankruptcy. The second section addresses practical solutions that make the company's business viable through new financing, capitalizing debts, repaying debt with the principal, (fair selling), and debt insurance. Finally, this study presents its main outcomes and recommendations.

الاستحالة المالية للأفراد في سداد الديون (القروض) بسبب أزمة (كورونا): الأسباب والحلول

الدكتور/ خالد عطشان الضفيري
أستاذ القانون المدني المشارك
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

يتناول هذا البحث موضوع الاستحالة المالية للأفراد في سداد الديون الناتجة عن التداعيات الاقتصادية التي فرضتها أزمة كورونا على جميع المستويات، وذلك لمعرفة مدى الحماية القانونية التي يتمتع بها المدين الذي استحال عليه سداد ديونه لأسباب مختلفة، وبالرجوع إلى القواعد في القانون المدني الكويتي يتبين أن هناك أسباباً قانونية تؤدي إلى عدم اعتبار الاستحالة المالية كالاستحالة في تنفيذ الالتزام، أو ظرف طارئ يترتب عليه تعديل التزام المدين، بمعنى أن الاستحالة المالية لا يترتب عليها انفساخ العقد المبرم، وعدم إمكانية تخفيض مبلغ الدين أو فوائده.

إن معالجة حالة الاستحالة المالية في القانون المدني الكويتي قد اقتصرت على المعالجة القضائية المتمثلة بإمكانية تأجيل سداد الدين أو تقسيطه إذا توفرت شروط تلك المعالجة (المبحث الأول)، وبالمقابل لم تقتصر معالجة المشرع الفرنسي لهذه الحالة على ما هو وارد في القواعد العامة للقانون المدني، بل وضع المشرع نظاماً قانونياً خاصاً بتلك الحالة في قانون حماية المستهلك للوصول إلى معالجةٍ قانونيةٍ وقضائية تهدف إلى حماية المدين المعسر (المبحث الثاني).

أهمية البحث:

من الواضح جداً مدى تأثير أزمة (كورونا) على الاقتصاد الوطني لجميع دول العالم، الأمر الذي دفع دولة الكويت إلى تقديم حزمة إجراءات تحفيزية بهدف تجنب ما قد يترتب على توقف عجلة الاقتصاد الوطني من تكاليف باهظة على جميع المستويات، وذلك من خلال ضوابط تمويل مالي مقدم للأفراد والمشروعات الصغيرة والمتوسطة والكيانات الاقتصادية المتضررة من تداعيات أزمة كورونا، إلا أن أهمية البحث في موضوع الاستحالة المالية للأفراد في سداد الديون وخاصة القروض الاستهلاكية، ترجع في حقيقة الأمر إلى مجموعة من الاعتبارات، أسهمت في الوقت ذاته في اختيار موضوع البحث، ومن هذه الاعتبارات أولاً: إن بعض القواعد الخاصة لبعض العقود بينت الحكم القانوني لأثر الاستحالة على العقد المبرم في بعض الحالات، فالمادة ٥٨١ من القانون المدني تنص على أنه: "إذا ترتب على عمل صدر من السلطة العامة في حدود القانون نقص كبير في انتفاع المستأجر، جاز له أن يطلب

فسخ العقد أو إنقاص الأجرة، ما لم يكن عمل السلطة يعزي إليه". وتنص المادة ٦١ من قانون العمل في القطاع الأهلي على "التزام صاحب العمل بدفع أجور عماله خلال فترة الإغلاق إذا تعمد غلق المنشأة لإجبار العمال على الرضوخ والإذعان لمطالبه، كما يلتزم بدفع أجور عماله طوال فترة تعطيل المنشأة كلياً أو جزئياً لأي سبب آخر لا دخل للعمال فيه، طالما رغب صاحب العمل في استمرار عملهم لديه. أما بخصوص القواعد الخاصة لعقد القرض فلم يتناول المشرع الكويتي فيها أثر الاستحالة المالية للفرد على عقد القرض المبرم أو عدم قدرته على سداد قيمة القرض خلال فترة زمنية لسبب أجنبي، بل اقتصر حكم المادة ٥٤٨ من القانون المدني على وجوب رد قيمة القرض في الميعاد المتفق عليه، وإذا لم يتفق على أجل، أو اتفق على أن يكون الرد عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعاداً للرد وفقاً للظروف".

وثاني تلك الاعتبارات: الخشية من تفشي ظاهرة تعثر الأفراد في تنفيذ التزاماتهم المالية تجاه الدائنين، وضمان الحماية الاجتماعية للأفراد من حالة الاستحالة، الأمر الذي دفع العديد من الدول لإيجاد تشريعات ذات طبيعة علاجية لمواجهة حالة الصعوبة أو الاستحالة المالية للأفراد لسداد ما عليهم من ديون مالية.

المقدمة:

إن عملية الاقتراض تعتبر من العمليات الضرورية لمعظم أفراد المجتمع، وذلك من أجل سد العديد من الاحتياجات الشخصية المتعددة، كالحصول على السلع والخدمات أو من أجل شراء منزل للسكن، وإذا كان المقترض - بموجب عقد القرض- ملتزماً بسداد ما هو مستحق عليه تجاه المقرض على شكل أقساط شهرية تستمر إلى نهاية فترة السداد، إلا أنه خلال فترة السداد قد يواجه - لأسباب لا تعود لإرادته - صعوبات مالية طارئة قد تجبره على التوقف عن سداد الأقساط المستحقة عليه، وتوقف المقترض عن سداد ما هو ملتزم به من قروض قد يعود لسببين: السبب الأول هو الإفراط في عملية الاقتراض، أي تعدد القروض إلى أن يصل المقترض إلى مرحلة الصعوبة أو الاستحالة في السداد، والسبب الثاني هو أن تكون الصعوبة أو الاستحالة راجعة لأسباب لا تتعلق بإرادة المقترض، وإنما تكون راجعة لوقوع حدث مفاجئ وبشكل غير متوقع، كما لو فقد المقترض مصدر رزقه نتيجة فقده لعمله بسبب توقف العمل في المنشأة التي يعمل بها.

ومن المؤكد أن الأزمة الاقتصادية العالمية الناشئة عن انتشار فيروس كورونا أدت إلى بروز ظاهرة اجتماعية تتمثل بعدم قدرة العديد من المقترضين على سداد ما هو مستحق عليهم من ديون تجاه البنوك، فمن تداعيات فيروس كورونا وللحد من

انتشاره اتخذت الدول العديد من الإجراءات الاحترازية تمثل بعضها بضرورة إغلاق العديد من المنشآت التجارية بشكل كلي أو جزئي لفترات زمنية معينة، وهذا الإغلاق الكلي أو الجزئي من المتوقع أن يترتب عليه تسجيل خسائر مالية للعديد من المنشآت التجارية التي قد تلجأ إلى إنهاء عقود العمل لبعض العاملين لديها، أو عدم تجديد عقود العمل التي انتهت مدتها خلال فترة الإغلاق، وذلك للحد أو للتقليل من خسائرها.

وإذا كانت العديد من التشريعات قد أوجدت بعض القواعد القانونية الوقائية للحد من عمليات الاقتراض المفرط، وذلك من خلال وجوب الاستعلام عن الحالة المالية للمقترض، أو عدم تجاوز القرض لنسبة معينة من مصدر دخل المقترض، وإن كانت الوقاية خيراً من العلاج، إلا أن تلك القواعد القانونية لا تقدم حلولاً علاجية لمشكلة الاستحالة في السداد عند وقوعها على الرغم من وجود تلك القواعد والإجراءات الوقائية.

ومن أهم تداعيات الأزمة الصحية لانتشار فيروس كورونا فيما يتعلق بالقروض المصرفية الاستهلاكية للأفراد القرار الذي اتخذته دولة الكويت – كما هو حال العديد من الدول – المتمثل بضرورة تأجيل سداد القروض الاستهلاكية لفترة ستة أشهر، فبناء على تعليمات مجلس الوزراء أصدر البنك المركزي الكويتي – من أجل تخفيف الأعباء المالية عن كاهل المواطنين – تعليماته للبنوك المحلية من أجل تأجيل أقساط القروض الاستهلاكية والمقسطة لعملاء البنوك، بالإضافة إلى تأجيل أقساط البطاقات الائتمانية، وتأجيل أقساط القروض والتسهيلات الائتمانية لأصحاب الشركات الصغيرة والمتوسطة لمدة ستة أشهر، مع عدم استحقاق فوائد أو أرباح عن فترة التأجيل، وإذا كانت هناك أسباب اقتصادية لإصدار مثل هذا القرار، فمن أسبابه كذلك تخفيف الأعباء المالية عن كاهل المواطنين لمواجهة الصعوبات المالية المرتبطة بالأزمة الصحية لفيروس كورونا، ومنع ظهور أزمة اجتماعية تتمثل بعدم سداد القروض المصرفية نتيجة الاستحالة في السداد.

إن عملية تأجيل أقساط القروض للأفراد أثارت العديد من التساؤلات بخصوص ما يتضمنه القانون الكويتي من حلول قانونية لمواجهة حالة الاستحالة في سداد القروض المصرفية الاستهلاكية، ومن أهم هذه التساؤلات ما مدى إمكانية اعتبار الاستحالة المالية في السداد كالاستحالة التي تؤدي إلى انفساخ العقد؟ وهل يحق للمقترض المطالبة بتعديل التزامه، كالمطالبة بتخفيض قيمة القسط أو الإعفاء من الربح أو الفائدة المستحقة على القرض؟ وهل يجوز للمقترض المطالبة بمنحه أجلاً للسداد لفترة معينة؟ إن الإجابة عن هذه التساؤلات سوف نتناولها في مبحثين: المبحث الأول هو أسباب الحاجة لمعالجة حالة الاستحالة، والمبحث الثاني هو كيفية معالجة حالة الاستحالة في سداد القروض الاستهلاكية.

المبحث الأول
أسباب الحاجة لمعالجة حالة الاستحالة المالية

تعتبر حماية المدين المعسر غير القادر على سداد ديونه من أهم الأسباب التي تدفع إلى ضرورة إيجاد نظام قانوني علاجي يأخذ بعين الاعتبار مصلحة كل من المدين والدائنين على حد سواء، فالاستحالة المالية في سداد الديون لا يمكن تكييفها كقوة قاهرة يترتب عليها انفساخ عقد القرض (المطلب الأول)، ولا يمكن اعتبارها ظرفاً طارئاً يترتب عليه إمكانية تعديل مبلغ القرض أو فوائده (المطلب الثاني).

المطلب الأول
وجوب سداد الدين على الرغم من الاستحالة

عندما يستحيل على المقترض الفرد سداد ديونه نتيجة أزمة اقتصادية معينة كالأزمة الناتجة عن فيروس كورونا، فإن تلك الاستحالة لا يمكن اعتبارها قوة قاهرة؛ وذلك لأسباب تعود لشروط الاستحالة (أولاً)، ولأسباب تعود إلى ما ترد عليه الاستحالة (ثانياً).

أولاً - أسباب تعود لشروط الاستحالة:

تعتبر الاستحالة سبباً من أسباب انقضاء الالتزام كما هو منصوص عليه في المادة ٤٣ "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه"(١)، فتنفيذ الالتزام يكون مستحيلاً متى كان عدم التنفيذ راجعاً إلى سبب أجنبي، والصورة المميزة للسبب الأجنبي تكون - دون شك - القوة القاهرة التي إن توفرت شروطها تعفي المدين من التنفيذ، فإذا كان عدم تنفيذ المدين لالتزامه المالي المتمثل بدفع مبلغ من النقود يرجع إلى إعساره، فهل من الممكن اعتبار حالة الإعسار كالقوة القاهرة التي تحلل المدين من تنفيذ التزامه، لاسيما إن لم يكن قادراً على السداد لما هو مستحق من ديون.

---

(١) وتنص المادة ١/٢١٥ من القانون المدني على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا أصبح تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه، انقضى هذا الالتزام، وانقضت معه الالتزامات المقابلة على الطرف الآخر، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه". ومما هو منصوص عليه أيضاً في المادة ٢٩٣ مدني بأنه: "عند تعذر تنفيذ الالتزام عيناً، أو التأخير فيه، يجب على المدين تعويض الضرر الذي لحق الدائن بسبب ذلك، ما لم يثبت المدين أن عدم التنفيذ أو التأخير كان لسبب أجنبي لا يد له فيه". وتنص المادة ٤٧٨ على أنه: "إذا هلك المبيع قبل تسليمه لسبب أجنبي لا يد لأحد المتعاقدين فيه انفسخ البيع واسترد المشتري ما أداه من الثمن ما لم يكن الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع".

إن تقدير قيام الاستحالة من عدمه يخضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع[٢]، إلا أن تكييف حالة الإعسار باعتبارها حالة استحالة تعفي المدين من تنفيذ التزامه، تقتضي دراسة شروط السبب الأجنبي (القوة القاهرة) ومدى انطباقها عليها، ومن الجدير بالذكر أن إمكانية اعتبار الاستحالة المالية للمدين كالاستحالة التي تعفي المدين من مسؤولية تنفيذ التزامه لم تكن محل نظر أو تطوراً فقهياً وقضائياً معيناً، لذلك ينبغي علينا الرجوع إلى شروط السبب الأجنبي المتمثلة في كون الحادث الأجنبي خارجياً وغير متوقع، وغير ممكن دفعه، وهذه الشروط الثلاثة تمت الإشارة إليها في المادة ١٢١٨ الجديدة من القانون المدني الفرنسي، حيث نصت على أنه: "تتحقق القوة القاهرة في المسائل العقدية عندما يمتنع على المدين تنفيذ التزامه نتيجة حادث خارج عن سيطرته، ولم يكن بالإمكان - على نحو معقول - توقعه عند إبرام العقد، ولم يكن من الممكن تجنب آثاره باتخاذ التدابير المناسبة، وإذا كان المانع مؤقتاً يوقف تنفيذ العقد ما لم يكن التأخير الناجم عنه مبرراً لفسخ العقد، وإذا كان المانع نهائياً يعتبر العقد مفسوخاً بقوة القانون"[٣].

ويقصد بكون الحادث خارجياً «Un événement extérieur» أن يكون الحادث الذي يعفي المدين من تنفيذ التزامه غير راجع لفعل المدين[٤]، فإن كان القضاء

---

(٢) انظر الطعنين: ٣٨٨، ٢٠٠٢/٤٠١ تجاري، جلسة ٢٠٠٣/٦/٣٠، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الخامس، المجلد التاسع، أبريل ٢٠٠٩، القاعدة رقم ٣، ص ٦١١. الطعن رقم ٢٠٠٢/١٤٥ تجاري، جلسة ٢٠٠٣/٥/٢٤، مجموعة القواعد، القسم الخامس، المجلد التاسع، أبريل ٢٠٠٩، القاعدة رقم ٢، ص ٦١٠. الطعن رقم ٣٧، ١٩٨٩/٣٩ تجاري، جلسة ١٩٩٨/٦/٢٥، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الثاني، المجلد الأول، يونيو ١٩٩٦، ص ٥٩٧. طعن رقم ١٩٨٦/٢٠٧ تجاري، جلسة ١٩٨٧/٤/١٥، مجموعة القواعد، القسم الثاني، المجلد الأول، يونيو، ١٩٩٦، ص ٥٩٦. طعن رقم ١٩٨٨/٣٢٤ تجاري، جلسة ١٩٨٩/٥/١٥، مجموعة القواعد، القسم الثالث، المجلد الأول، يونيو ١٩٩٦، ص ٤٩٣.

(٣) لشروط القوة القاهرة في القانون الفرنسي، انظر:
L. Landivaux, Contrat et coronavirus: un cas de force majeur??a dépend. P. Guiomard, La grippe, Les épidémies et la force majeur en dix arrêts. Dalloz. Actualité, éd., 4 mai 2020, www. Dalloz-actualite.fr

(٤) انظر: فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠-٢٠٠١، ف ٦٢، ص ٤٩٤. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أحكام الالتزام، دار الشريف للنشر، الطبعة الأولى، ١٩٩٥/١٩٩٦، ف ٤٦٩، ص ٤٣٩.
Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, Les obligations, 9e éd., LGDJ, 2017, n° 956, p. 574.

الكويتي لا يتطرق في العديد من أحكامه إلى ضرورة توفر شرط خارجية الحادث(٥)، إلا أنه يشترط الاستحالة الموضوعية التي تتعلق بالالتزام بذاته لا بشخص المدين، والتي تجعل التنفيذ مستحيلاً استحالة مطلقة بالنسبة للكافة وليس بالنسبة للمدين(٦).

فنصوص القانون المدني سواء المتعلق منها بالمسؤولية العقدية أو التقصيرية تبين بشكل واضح: أن يكون الحادث خارجياً لا يد للمدين فيه(٧)، مما يعطي للمدين الحق في إثبات أن عدم التنفيذ أو الضرر الذي لحق بالمضرور كان نتيجة سبب أجنبي عنه لا يد له فيه، فالحادث لا يمكن اعتباره قوة قاهرة إذا كان راجعاً إلى فعل المدين أو راجعاً إلى شخص المدين بذاته(٨).

ووفقاً للمفهوم المادي للقوة القاهرة يجب أن يكون الحادث المانع من التنفيذ ناتجاً من خارج المدين ومن خارج مجال نشاطه أو مركز عمله أو من خارج الوسيلة التي يستخدمها لتنفيذ التزامه(٩)، فلا يستطيع المدين التمسك بالأحداث الطارئة التي تجعل تنفيذ التزامه مستحيلاً إذا كان مصدرها شخصه، فالقوة القاهرة تفترض أن يكون هناك سبب لا يمكن نسبته إلى المدين وهو ما أدى إلى وقوع الحادث.

إلا أن القضاء الفرنسي، في العديد من أحكامه، يستند في تكييف الحادث باعتباره قوة قاهرة إلى المفهوم النفسي الذي يعتمد على دور إرادة المدين في الحادث المانع من تنفيذ الالتزام(١٠)، فالحادث لا يكون قوة قاهرة ما لم يكن لإرادة

---

(٥) انظر: الطعن رقم ٨٤/ ٨٦ تجاري، جلسة ١٩٨٧/١/٧، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة التمييز، القسم الثاني، المجلد الأول، يونيو ١٩٩٦، ص ٤٩٢. طعن رقم ١٩٨٨/٣٢٤ تجاري، جلسة ١٩٨٩/٥/١٥، مجموعة القواعد، القسم الثالث، المجلد الأول، يونيو ١٩٩٦، ص ٤٩٣.

(٦) الطعن رقم ١٨/ ٩٤ مدني، جلسة ١٩٩٤/١٢/١٩، مجموعة القواعد، القسم الثالث، المجلد الأول، يوليو ١٩٩٩، ص ٧١٩، مجلة القضاء والقانون، يوليو ١٩٩٩، السنة الثانية والعشرون، الجزء الثاني، ص ٥٠٢. الطعن رقم ١٩/ ٩٤ مدني، جلسة ١٩٩٤/١٢/١٩، مجلة القضاء والقانون، يوليو ١٩٩٩، السنة الثانية والعشرون، الجزء الثاني، ص ٥٠٥.

(٧) انظر: نص المادة ٢١٥ والمادة ٢٣٣. انظر كذلك: إبراهيم أبو الليل، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ف ٤٦٦، ص ٤٣٧.

(٨) في هذا الخصوص انظر:
G. Viney et P. Jourdain, Traité de droit civil, Les condition de la responsabilité, LGDJ, 2e éd., 1998, n° 389.

(٩) انظر: عبد الوهاب الرومي، الاستحالة والسبب الخارجي عن المدين - دراسة لمفهوم نفسي لهذا السبب، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثانية والعشرون، يونيو ١٩٩٨، ص ٨٣١.

(١٠) انظر في ذلك:
Cass. 2e civ., 24 janv. 1996, Dr.& part. 1996, n° 37, p. 76, obs. Chabas F.

المدين دور في وقوع الحادث[(١١)]، فمحكمة التمييز الفرنسية لم تتردد في اعتبار حالة المرض الذي يصيب المدين ويمنعه من تنفيذ التزامه قوة قاهرة[(١٢)]، فالمدين لا يسأل عن عدم التنفيذ إذا لم يسهم إرادياً في وقوع الحادث المانع من التنفيذ[(١٣)].

والمفهوم النفسي للقوة القاهرة على النحو السابق يعتبر أكثر شمولية وعمومية ليشمل جميع الحوادث الداخلية والخارجية التي تؤدي إلى استحالة التنفيذ، ولا يكون لإرادة المدين يد في وقوعها، ولهذا فإن جميع الاعتبارات والظروف تدخل ضمن الأسباب التي قد تؤدي إلى القول بتوافر استحالة التنفيذ طالما توفرت شروط الاستحالة[(١٤)].

وتطبيقاً للمفهوم المادي للقوة القاهرة، فإن حالة الإعسار لا يمكن تكييفها كحالة الاستحالة لكونها راجعة إلى المدين المعسر نفسه[(١٥)]، وهذا على خلاف المفهوم النفسي للاستحالة، فهو يشمل حالة الإعسار التي لا تكون راجعة إلى إرادة المدين، فهناك من الظروف الاجتماعية والاقتصادية ما يؤدي بالمدين إلى الإعسار دون أن يكون لإرادته أي دور في وقوعه، فتدهور حالة المدين المالية لا تكون بالضرورة

---

(١١) ربط القضاء الفرنسي خارجية الحادث بالإرادة يعد تطبيقاً لما أخذت به اتفاقية فيينا ١١ أبريل ١٩٨٠ المتعلقة بعقود البيع والبضائع حيث تنص المادة ٧٩ فقرة ١ على:
une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté". De meme, la Cour de justice de Communauté européennes se réfère à des événements extérieurs independents de la volonté. CJCE, 9 févr. 1984, aff. C- 284\82, Acciaierie e Ferriere Busseni spa c|Commission des Communautés européenne, Rec. CJCE, p. 557.

(١٢) بشرط ألا يكون مصدر المرض هو المدين نفسه، انظر:
Cass. civ., 28 avr. 1947, D. 1947, jur., p. 329, note Lalou H.

(١٣) Cass. Ass. Plén., 14 avr. 2006, n°02-11168; Bull. civ. Ass. Plén., n°5; JCP, 2006, II, 10087, " ... La maladie n'est une cause d'exonération que si l'exécution de l'obligation implique la participation personnelle « et physique » du débiteur; G. Viney, obs. RDC 2006, p. 1213; D. Noguero, « La maladie du débiteur, cas de force majeur», D. 2006, 1566.

(١٤) انظر في المسؤولية العقدية على سبيل المثال:
Cass. 1re civ., 10 févr. 1998, D. 1998, IR., p. 68; JCP, éd., G. 1998, II, 10124, note Paisant G., D. 1998, Jur., p. 359, note Mazeaud D.

(١٥) انظر في تعريف حالة الإعسار والمفاهيم القانونية المشابهة له: خالد الضفيري، حالة الإعسار في القانون المدني الكويتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، العدد ١، السنة ٣٥، مارس٢٠١١، ص ١٣٥.

راجعة إلى فعله وبإرادته، إلا أن شرط كون الحادث خارجياً لا يد للمدين فيه لا يكفي للقول باستحالة التنفيذ، فينبغي أيضاً أن يكون ذلك الحادث مستحيل التوقع والدفع.

ففكرة عدم التوقع لوقوع الحادث «Un événement imprévisible» هي الشرط الثاني لتحديد مفهوم القوة القاهرة، ويقصد بذلك أن أمر وقوع الحادث محتوم لا مفر منه بالنسبة لشخص المدين، بحيث يكون المانع من تنفيذ الالتزام غير متوقع بالنسبة للمدين بسبب عنصر المفاجأة للحادث[١٦]، إضافة إلى كون مثل ذلك الحادث نادر الوقوع وغير مألوف.

وهذا الشرط المتعلق بعدم التوقع يجب أيضاً أن يدرك ويفهم بمعنى عدم التوقع المعقول، خصوصاً إذا كنا نعلم بأنه لا يوجد ما لا يمكن توقعه بشكل مطلق[١٧]، فكل الحوادث من الممكن توقعها، فلا يجوز إطلاقاً اعتبار بعض الحوادث والظروف بذاتها قوة قاهرة تؤدي إلى إعفاء المدين من تنفيذ التزامه، الأمر الذي يقتضي استبعاد جميع الحوادث والظروف التي ينبغي عادة توقعها من قبل الشخص الحذر الحريص، فالتوقع والتنبؤ يقتضيه الحذر[١٨].

وتطبيقاً لذلك، فقد قُضي بأنه: "يشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة ينقضي بها التزام المدين من المسؤولية أن يكون من غير الممكن توقعه، ويستحيل دفعه أو التحرر منه، فإذا أمكن توقع الحادث حتى لو استحال دفعه انتفت عنه صفة القوة القاهرة، ولا يلزم لاعتباره ممكن التوقع أن يقع وفقاً للمألوف من الأمور، بل يكفي لذلك أن تشير الظروف والملابسات إلى احتمال حصوله، ولا يلزم أن يكون المدين قد علم بهذه الظروف إذا كانت لا تخفى على الشخص شديد اليقظة والتبصر؛ لأن عدم إمكان التوقع اللازم لتوفر القوة القاهرة يجب أن يكون مطلقاً لا نسبياً، فالمعيار في هذه الحالة موضوعي لا ذاتي، وتقدير توافر القوة القاهرة بهذا المعنى من عدمه من

---

(١٦) انظر في ذلك:
A. Crosio, Les dispositions protectrices du débiteur, petites affiches, 26 décembre 1990, n° 155, p. 4. Voir aussi, PH. Le tourneau,L. Cadiet, Droit de la responsabilité, Dalloz, 1998, n° 911, p. 298.

(١٧) J- m. Pontier, L'imprévisibilité, Rev. dr. publ. 1986, I, p. 8.

(١٨) اعتبرت محكمة التمييز في أحد أحكامها أن عملية السرقة بالسلاح بالنسبة لشركة نقل بضائع لا تشكل قوة قاهرة لعدم توفر شرط عدم التوقع.
V. Cass. com., 3 oct. 1989, Bull. civ. IV, n°346; JCP G, 1990. II. 21423, concl. Jéol; RTD civ., 1990. 87, obs. P. Jourdain.

سلطة محكمة الموضوع ولا رقابة عليها في ذلك متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله"[١٩].

بناءً على ذلك، يمكن القول بأن حالة الإعسار عبارة عن حادث غير متوقع الحدوث وخارج عن إرادة المدين، لاسيما عند الأخذ بالاعتبار تغير حالة المدين المالية نتيجة تغير وضعه المالي وتدهوره، فكثير من المدينين يكونون في وضع مالي صعب خطير مثقل بالديون، مما يجعل تنفيذ التزاماتهم في وضع المستحيل، ومع ذلك قد لا يقبل ذلك القول بحجة أن حالة الإعسار لا يمكن إدراجها تحت مفهوم القوة القاهرة إذا ما قارنا تلك الحالة وفقاً لمعيار الرجل العادي، فقد يظهر أن كثيراً من المدينين لم يتنبأوا بتلك الظروف، ومع ذلك هم بعيدون كل البعد عن حالة الإعسار، إلا أنه لا يمكن قبول تلك الحجة إذا قبلنا بعدم وجود حالة فردية مطابقة بشكل مطلق لحالة أخرى، فإذا كان تقدير القوة القاهرة يكون من خلال معيار موضوعي وليس من خلال معيار ذاتي شخصي، فمن المتصور أن تكون حالة مدين معين وظروفه أكثر خضوعاً وتأثراً بالأوضاع الاقتصادية من مدين آخر، بالإضافة إلى أن القضاء الفرنسي – كما رأينا سابقاً – يأخذ بعين الاعتبار في بعض الحالات بالظروف الشخصية للمدين كالمرض والبطالة التي تمنع من تنفيذ التزامات الشخص، على الرغم من أنها ترجع لشخص المدين ولا يكون مصدرها حادث خارجي، إلا أنها وإن كانت غير إرادية من المدين فلا مفر منها في كثير من الأوقات، وإن كان من الصعب وضع تعريف موضوعي لشرط عدم التوقع، إلا أن ذلك لا يمنعنا من القول بأن: لا شيء في ذاته غير متوقع، فهذا يجيز بالتالي الأخذ بالاعتبار حالة الإعسار كحالة غير متوقعة ولو نسبياً.

ويقصد بعدم قابلية الحادث للدفع «Un événement irresistible» عدم تمكن الشخص من توفير الوسائل اللازمة لتنفيذ التزامه في مواجهة الحادث، وهو بذلك يكون العنصر الذي لا يقهر من عناصر القوة القاهرة[٢٠]، وعدم قابلية الحادث للدفع تبرز لنا استحالة التنفيذ التي تقتضيه القوة القاهرة، فإن كان شخص المدين لديه من الوسائل التي تمكنه من دفع الحادث، وبافتراض كون التنفيذ شاقاً ومرهقاً، سيبقى المدين مسؤولاً عن عدم سداد الدين، وتقدير توافر استحالة دفع الحادث بهذا المعنى

---

(١٩) انظر: الطعن رقم ٩٣/١٤٠ تجاري، جلسة ٩٤/٣/٣٠، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة التمييز، القسم الثالث، المجلد الأول، يوليو ١٩٩٩، ص ٧١٦.

(٢٠) F. Chabas, Enc. D., rép. Civ., V. force majeur. n°30, P. Jourdain, J.CI. resp. civ. et ass., fasc. 160, n° 123.

ترجع إلى معيار موضوعي من خلال معيار الشخص العادي بنفس حالة المدين وظروفها وبنفس وقت وقوع الحادث[(٢١)].

فاستحالة التنفيذ ترجع إلى عدم مقدرة المدين على فعل شيء للحماية من ذلك الحادث وقت حدوثه، أو قبل وقوعه لدفعه لعدم توافر وسائل تنفيذ الالتزام، فالقضاء يتشدد في تقدير قيام استحالة الدفع من خلال ما يقتضيه من توافر استحالة مطلقة كلية وليس مجرد صعوبة أو إرهاق في التنفيذ، فهنا تكمن صعوبة اعتبار حالة الإعسار كالقوة القاهرة، وذلك للطبيعة الخاصة لمحل التزام المدين.

ثانياً - أسباب تعود إلى ما ترد عليه الاستحالة:

إن القضاء الكويتي يستند في أحكامه المتعلقة بالاستحالة إلى طبيعة محل التزام المدين، فقد قضي بأن: "الالتزام الذي ينصب على أداء مبلغ من النقود هو التزام قابل بطبيعته للتنفيذ ولا ترد عليه الاستحالة الموضوعية"[(٢٢)]، فالإشارة إلى قابلية الالتزام للتنفيذ وبالتالي عدم ورود الاستحالة عليه ترجع - كما هو واضح - إلى طبيعة محل الالتزام، وهذا الأخير إما أن يكون شيئاً معيناً بذاته أو معيناً بنوعه ومقداره ودرجة جودته[(٢٣)]. فإذا كان محل التزام المدين شيئاً معيناً بنوعه، فإنه لا مجال للحديث عن الاستحالة وإعفاء المدين من تنفيذ ما التزم به، فالبائع الذي يلتزم بتسليم قدر معين من الغلة غير المعينة بذاتها لا يعفى من التنفيذ العيني بحجة أن ما في مخازنه منها

---

(٢١) وفقاً للقضاء الفرنسي يعتبر شرط عدم قابلية الحادث للدفع أو استحالة دفعه إن لم يكن المعيار الوحيد فهو على الأقل الجوهري في مفهوم القوة القاهرة.
Selon la première chamber civil «L' irrésistibilié de l'événement est, à elle seule, constitutive de la force majeure, lorsque sa prevision ne saurait permettre d'en empêcher les effet». 9 mars 1994, JCP éd. G 1994, I, n° 3773, n° 6, obs. Viney G. La chamber commerciale, quant à elle, a fait sienne cette solution en préciant que «L' irrésistibilié de l'événement est, à elle seule, constitutive de la force majeureÀ lorsque sa prevision ne saurait permettre d'en empêcher les effet, sous reserve que le débiteur ait pris toutes les mesure requises pour éviter la réalisation de l' événement» 1er oct, 1997, D. 1998, som., p. 199, obs. Delebecque ph.

(٢٢) الطعن رقم ١٨/ ٩٤ مدني، جلسة ١٩/١٢/١٩٩٤، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الثالث، المجلد الأول، يوليو ١٩٩٩، ص ٧١٩، مجلة القضاء والقانون، يوليو ١٩٩٩، السنة الثانية والعشرون، الجزء الثاني، ص ٥٠٢. الطعن رقم ١٩/ ٩٤ مدني، جلسة ١٩/١٢/١٩٩٤، مجلة القضاء والقانون، يوليو ١٩٩٩، السنة الثانية والعشرون، الجزء الثاني، ص ٥٠٥.

(٢٣) كما هو وارد في نص المادة ١٧١ من القانون المدني.

قد هلك بقوة قاهرة، وهذا الأمر ينطبق كذلك على المدين الملتزم بدفع مبلغ معين من النقود، فلا يعفى من تنفيذ التزامه العيني بحجة زيادة التزاماته المالية على حقوقه المالية وعدم قدرته على سداد ما هو ملتزم به تجاه الدائن.

فالنقود – محل التزام المدين – من الأشياء المثلية، ويقصد بذلك كما هو وارد في نص المادة ٢٨ من القانون المدني "ما تماثلت آحادها أو تقاربت بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض عرفاً بلا فرق يعتد به، وتقدر في التعامل بالعد أو الكيل أو الوزن أو القياس"، ومصطلح المثلية الوارد في النص المذكور عبارة عن صفة للأشياء التي من الممكن أن يقع التبادل فيما بينها[٢٤].

وما دامت فكرة المثلية للشيء تجد مجالاً لها عندما يكون محل التزام المدين مبلغاً من النقود[٢٥]، فإمكانية التماثل والتبادل بين الأموال قائمة بشكل كامل، مما يعني أن التزام المدين بسداد الدين يبقى قائماً على الرغم من الصعوبة أو عدم المقدرة من المدين على الوفاء لإعساره، فالقضاء الكويتي يأخذ في الاعتبار بطبيعة محل الالتزام كمعيار للاستحالة، ولا يأخذ بعين الاعتبار الاستحالة الشخصية لتنفيذ الالتزام الناشئ عن أسباب متعلقة بالمدين أو بإمكانياته الاقتصادية والتي لا ترتبط ارتباطاً موضوعياً بالأداء المستحق[٢٦]، فالاستحالة النسبية التي ترجع إلى ظروف المدين دون الآخرين من عامة الناس لا تعفيه من تنفيذ التزامه تجاه الدائن[٢٧].

وإذا كان القضاء يأخذ بالاعتبار طبيعة محل التزام المدين المتمثل بمبلغ من

---

(٢٤) فتحديد كون الشيء مثلياً يكون من خلال الصنف والجودة، ومع ذلك لا نستطيع الحديث قانوناً عن جودة وصنف للنقود، فالمدين بمبلغ من النقود يستطيع دفع ما هو مستحق عليه من ديون سواء أكانت النقود المدفوعة ورقية أم معدنية، فالالتزام الذي يقع على عاتق المدين بتقديم شيء من صنف متوسط، وفقاً للمادة ١٧١ من القانون المدني، في حالة عدم تحديد درجة الشيء لا مجال لتطبيقه في حالة كون التزام المدين مبلغاً من النقود، انظر في الأشياء المثلية والأشياء القيمية: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أصول القانون، نظرية الحق، دار الكتب، ٢٠٠٤، ف ٣٧٤، ص ٣٢٧.

(٢٥) عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، دون سنة نشر، ف ٣٧١، ص ٥٣٦.

(٢٦) انظر في مفهوم الاستحالة الموضوعية كسبب من أسباب انقضاء الالتزام: عبد الوهاب الرومي، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية ١٩٩٤، ص ٩٩.

(٢٧) عبد الوهاب الرومي، مرجع سابق، ص ١٠٤.

المال كشيء مثلي، فيترتب على ذلك أن تنفيذه ليس مستحيلاً استحالة كلية، فالأمر الذي يؤدي إلى الاستحالة الكلية هو الهلاك الكلي لمحل التعاقد والمتمثل في زواله من الوجود بمقوماته الطبيعية بسبب قوة قاهرة أو حادث مادي بفعل الإنسان، وبناء على ذلك فإن مسألة الهلاك الكلي لا تكون إلا حيث يكون محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات، أما إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالنوع فلا مجال للحديث عن الهلاك الكلي، فالقاعدة العامة إن "المثليات لا تهلك"، كما أن حالة الإعسار تعتبر مانعاً قابلاً للزوال في المستقبل خلال فترة قد تطول أو تقصر، فاستحالة التنفيذ بسبب الإعسار ليست استحالة نهائية وإنما وقتية تزول بتحسن ظروف المدين المالية[٢٨].

المطلب الثاني
عدم إمكانية تخفيض مبلغ الدين أو فوائده

من المعلوم أن المشرع الكويتي أراد بنظرية الظروف الطارئة الحماية القانونية لأحد المتعاقدين من النتائج التي تترتب على إخلال التوازن الاقتصادي للعقد، فالمادة ١٩٨ من القانون المدني الكويتي[٢٩] تجيز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بأن يضيق من مداه أو يزيد في مقابله، عندما تطرأ بعد العقد وقبل تمام تنفيذه ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشئ عنه، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار

(٢٨) عبد الوهاب الرومي، مرجع سابق، ١٦٠. وانظر كذلك: الطعن رقم ٢٠٠١/٤٦٠ تجاري، جلسة ٢٠٠٢/٢/٩، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الخامس، المجلد الثالث، ديسمبر ٢٠٠٨، رقم القاعدة ٢٠٥، ٢٧٩. الطعن رقم ٢٩٦/٥٢٣ تجاري، جلسة ١٩٩٨/١/٥، مجلة القضاء والقانون، السنة ١٦، الجزء الأول ص٢٤.

(٢٩) يقابل هذه المادة في القانون المدني الفرنسي المادة ١١٩٥ التي تنص على أنه: "إذا حدث تغير في الظروف غير ممكن توقعه وقت إبرام العقد، ترتب عليه أن صار التنفيذ باهظ الكلفة بالنسبة لأحد الأطراف، الذي لم يقبل تحمل تبعة هذا التغير، يمكن لهذا الأخير أن يطلب من المتعاقد معه إعادة التفاوض على العقد، على أن يستمر في تنفيذ العقد أثناء إعادة التفاوض. في حالة فشل إعادة التفاوض أو رفضه يجوز للأطراف الاتفاق على فسخ العقد اعتباراً من التاريخ ووفقاً للشروط التي يحددونها، أو الطلب من القاضي، أن يقوم بتطويع العقد. في حالة عدم الاتفاق، خلال مدة معقولة، يمكن للقاضي، بناء على طلب أحد الأطراف، تعديل العقد أو إنهاؤه، اعتباراً من التاريخ وفق الشروط التي يحددها". انظر في ذلك:
Ph. Dupichot, La nouvelle résiliation judiciaire pour imprévision, in réforme du droit des contrats et pratique des affaires, dir. Ph. Stoffel-Munck, Dalloz, 2015, p. 73.

مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة[٣٠]، فعلى سبيل المثال – وتطبيقاً للنص المشار إليه – يمكن للقاضي أن يحكم – بصدد عقد توريد – بتخفيض الكمية التي التزم المورد بتوريدها بنسبة معينة ليقلل بذلك من قدر خسارته، أو يحكم بزيادة السعر الذي التزم به المشتري، وقد يحكم القاضي بوقف تنفيذ الالتزام مؤقتاً، إذا كان الظرف الطارئ مما يتوقع زوال أثره في وقت قريب، كما لو تعهد مقاول ببناء مبنى، وبسبب ظروف الحرب ارتفعت أسعار مواد البناء ارتفاعاً كبيراً، ولكنه ارتفاع وقتي يوشك أن يزول، فيحكم القاضي بوقف التنفيذ مؤقتاً إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم لرب العمل[٣١].

وإذا افترضنا هنا أن مصدر التزام المدين بسداد مبلغ الدين هو العقد، فهل يمكن للمدين الذي أصبح معسراً ما بين وقت إبرام العقد ووقت تنفيذه، نتيجة لحادث أو أزمة اقتصادية، أن يتمسك بنظرية الظروف الطارئة لكي يحكم له القاضي مثلاً بتخفيض مبلغ الدين بنسبة معينة حتى لا يكون تنفيذ الالتزام مرهقاً له، أو يحكم له بوقف تنفيذ الالتزام مؤقتاً إذا كان إعسار المدين مما يتوقع زواله في وقت قريب.

إن مناط أعمال نظرية الظروف الطارئة أن يحدث بعد انعقاد العقد وقبل تمام تنفيذه ظرف طارئ استثنائي عام لم يكن في الحسبان، ولم يكن في الوسع توقعه عند التعاقد، ومن شأنه أن يجعل من تنفيذ الالتزام مرهقاً[٣٢]، والمقصود بالظرف الطارئ

---

(٣٠) إن نظرية الظروف الطارئة لا يقتصر إعمالها على عقود المدة فقط بل تطبق أيضاً على أي عقد متى كان تنفيذه لم يتم عند حدوث الظرف الطارئ، كما لو كان العقد بيعاً لم يتم فيه سداد كامل الثمن ولم تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بالتسجيل. انظر: الطعن ٩٣/٢٥ مدني، جلسة ٩٤/٢/٢١، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، يوليو ١٩٩٩، القسم الثالث، المجلد الثالث، ص ١٦٤. انظر في ذلك: الطعن رقم ٤٣ لسنة ٩٤ مدني، جلسة ٩٥/١/١٦، مجلة القضاء والقانون، ديسمبر ١٩٩٩، السنة الثالثة والعشرون، الجزء الأول، ص ٢٧٤. الطعن رقم ٩٤/٤٧ تجاري، جلسة ١٩٩٤/٦/١٢، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، يوليو ١٩٩٩، القسم الثالث، المجلد الثالث، ١٦٥.

(٣١) انظر: محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الأول المصادر الإرادية، المطبعة العربية الحديثة، دون سنة طبع، ف ٢٧٧، ص ٣٦١.

(٣٢) انظر في شروط الظرف الطارئ: محي الدين سليم، نظرية الظروف الطارئة، بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ٢٠٠٧، دار المطبوعات الجامعية، ص ٢٤٤. محمد السناري، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود، دار النهضة العربية، دون سنة نشر، ص ٤٢ وما بعدها. محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، السلسلة القانونية، ١٩٨٧، ص ٣١. محمد حسام لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ١٩٩٩/٢٠٠٠، ص ١٩٧. نظرية الظروف الطارئة كنظرية القوة القاهرة تماماً لا تكون إلا بالنسبة للحوادث التي لم تكن في الحسبان، ولم يكن في الوسع =

الاستثنائي الحادث الذي يندر وقوعه[٣٣]، فإذا كان الحادث بحسب المألوف من شئون الحياة معتاد الوقوع، ويدخل في حسبان الرجل العادي، ويعول عليه، فلا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة لعدم تحقق الصفة الطارئة للحادث[٣٤].

والوقت الذي يعتد به في اعتبار إذا ما كان الحادث الاستثنائي متوقع الحصول أو غير متوقع هو وقت التعاقد، بحيث لا يكون في مقدور الشخص العادي أن يتوقع حصوله في هذا الوقت، وبصرف النظر عن توقع المدين فعلاً حصول الحادث الطارئ أو عدم توقعه[٣٥]. فالمعيار في اعتبار الحادث استثنائياً من عدمه هو معيار موضوعي وليس ذاتياً يتعلق بشخص المدين وظروفه الخاصة، فلا يحق للمدين المطالبة بتعديل آثار العقد، وفقاً لنظرية الظروف الطارئة، دون أن يكون الحادث شاملاً لعامة الناس[٣٦].

كما يلزم أن يكون من شأن الحادث الذي وقع أن يجعل تنفيذ الالتزام بالغ الإرهاق بالنسبة للمدين، والإرهاق غير الاستحالة، فهذه الأخيرة تؤدي إلى الإعفاء من الالتزام، أما حالة الإرهاق فإنها تعني إمكانية التنفيذ ولكنه تنفيذ يرهق المدين إرهاقاً شديداً يجاوز السعة، فيلحق به خسارة غير معتادة تزيد على الخسارة العادية المألوفة في التعامل، والتي يتحملها أي متعاقد عند التنفيذ، فتنقلب اقتصاديات العقد وتختل

= توقعها عند إبرام العقد. ويتخذ هنا معيار موضوعي قوامه الرجل المعتاد، وليس معياراً شخصياً قوامه المتعاقد نفسه الذي يتمسك بتطبيق نظرية الظروف الطارئة، وكون الحادث متوقعاً أو غير متوقع مسألة واقع، تخضع في تقديرها لقاضي الموضوع.

(٣٣) انظر: محمد محي سليم، نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص ٢٥٠. محسن عبد الحميد البيه، مرجع سابق، ف٢٧٣، ص ٣٥٥.

(٣٤) وإن كان يشترط في الظرف الطارئ الذي من شأنه الإخلال باقتصاديات العقد، أن يكون غير متوقع ولا يمكن دفعه، إلا أنه يكتفي بأن تكون آثار الظرف الطارئ هي التي لم يكن في الإمكان توقعها ولو كان الظرف ذاته حالاً وقت إبرام العقد وأدركته آثاره عند تنفيذه. انظر: الطعن، رقم ٨٨/١٨٩ تجاري، جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥، مجلة القضاء والقانون، يونيه، ١٩٩٥، السنة السادسة عشرة، العدد الثاني، ص ٢٥٥. ويشترط أن يكون الظرف الطارئ خارجاً عن إرادة المتعاقدين. انظر: الطعن رقم ٢٠٠٢/٨٣٤ إداري، جلسة ٢٠٠٣/١١/١٠، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، أبريل ٢٠٠٩، القسم الخامس، المجلد الثامن، ص ٣٦٩.

(٣٥) الطعن رقم ٩٧/١٦٩ تجاري، جلسة ١٩٩٨/٢/٩، مجموعة القواعد القانونية، يونيو ٢٠٠٤، القسم الرابع، المجلد الخامس، ص ٣٠٦.

(٣٦) محمد السناري، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود، مرجع سابق، ص ٤٥.

اختلالاً جسيماً[٣٧]، فقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأنه: "من المقرر أن تدخل القاضي لرد الالتزام إلى الحد المعقول طبقاً للمادة ١٩٨ من القانون المدني رخصة من القانون يجب استعمالها حال تحقق شروط معينة أهمها شرط الإرهاق الذي أصاب المدين من جراء الحادث الطارئ، مما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، ومناط هذا الإرهاق الاعتبارات الموضوعية لا الظروف المتعلقة بشخص المدين"[٣٨]، ومفاد ذلك أن نظرية الظروف الطارئة تقتضي أن يكون الحادث متعلقاً ومتصلاً بشكل مباشر بالعقد ذاته[٣٩].

(٣٧) الطعن ٩٤/٢٣ تجاري، جلسة ١٩٩٤/٦/٢٠، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، يوليو ١٩٩٩، القسم الثالث، المجلد الأول، ص ٧١٩.

(٣٨) الطعنان رقما ٣٣٠، ٩٥/٣٣٤ تجاري، جلسة ١٩٩٧/٣/١٧، مجلة القضاء والقانون، السنة الخامسة والعشرون، الجزء الأول، ص ١٦٠. الطعن رقم ٩٤/٩١ تجاري، جلسة ١٩٩٥/١/١٦، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، يوليو ١٩٩٩، القسم الثالث، المجلد الأول، ص ٧١٩. الطعنان ١١١، ١٩٩٥/١٠٥ مدني، جلسة ١٩٩٦/١/١٥، والطعن ١٦/٣٥ عمالي، جلسة ٩٦/٦/٢٤، مجموعة القواعد القانونية، يوليو ١٩٩٩، القسم الثالث، المجلد الأول، ص ٧٢١.

(٣٩) إن عجز صندوق الزمالة عن الوفاء بحقوق الأعضاء يتعلق بظروفه الخاصة ولا صلة له بذات عقود الاشتراك في الصندوق والمساس بالتوازن الاقتصادي لالتزامه. انظر: الطعن رقم ٩٦/٥٢٣ تجاري، جلسة ١٩٩٨/١/٥، مجلة القضاء والقانون، السنة السادسة والعشرون، الجزء الأول، ص ٢٤.

المبحث الثاني
كيفية معالجة حالة الاستحالة المالية

يتضح لنا أن من خصائص معالجة حالة الاستحالة المالية في سداد الديون وفقاً للقانون الكويتي أنها معالجة قضائية وفقاً للقواعد العامة للقانون المدني (المطلب الأول)، وبالمقابل نلاحظ أن المشرع الفرنسي أوجد نظاماً قانونياً خاصاً للمستهلك الذي يستحيل عليه سداد ديونه الشخصية، ومن أهم خصائص هذا النظام أنه يستند إلى معالجة مختلطة قانونية وقضائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول
المعالجة القضائية وفقاً للقواعد العامة

نقصد بالمعالجة القضائية لحالة الاستحالة في سداد الديون إمكانية منح القاضي للمدين أجلاً لسداد الدين أو تقسيطه (أولاً)، وإذا توافرت الشروط اللازمة لذلك وفقاً لما يسمى بنَظِرَة الميسرة (ثانياً).

أولاً – وقف سداد الدين أو تقسيطه:

إن القواعد العامة للقانون المدني تضمنت ما يسمى بنَظِرَة الميسرة، أو بمعنى آخر إمكانية تأجيل وقت استحقاق الدين أو إمكانية تقسيطه، بحيث يجوز للمدين طلب ذلك، سواء أثناء نظر الدعوى التي يرفعها الدائن للمطالبة بحقه، أو أثناء مباشرة الدائن لإجراءات التنفيذ، وفي هذا الخصوص ليس لطبيعة الالتزام العقدية أو التقصيرية أية أهمية في إمكانية تأجيل الدين أو تقسيطه، طالما كان الأمر راجعاً للقاضي ولأسباب تعود لحالة المدين، دون حاجة إلى وجود اتفاق صريح أو ضمني في منح المدين حَسَنِ النية أجلاً لتنفيذ التزامه، ودون أن يكون للدائن الحق في اللجوء إلى التنفيذ الجبري في هذه الحالة[٤٠].

لذلك فالمادة ٤١٠ من القانون المدني الكويتي تسمح للقاضي بمنح المدين على حساب الدائن – بشكل استثنائي – مدة زمنية معينة لتنفيذ التزامه[٤١] خصوصاً

---

(٤٠) انظر:
Ph. Soustelle, Les délais judiciaries différent l'exécution de l'obligation, Thèse Saint-Etienne 1996, n° 23 s., p. 26.

(٤١) وفقاً للبند خامساً من المادة ١٣٤٣ من القانون المدني الفرنسي فإن المدة الزمنية الممنوحة للمدين لا تتجاوز سنتين.

عندما يكون محل التزامه مبلغاً من النقود[٤٢]، فالسمات الأساسية لنظرة الميسرة تكمن في طبيعتها الفردية وآثارها المحدودة، فهي لا تمنح إلا للالتزام المتوفر فيه شروط المادة ٤١٠ من القانون المدني، ودون أن يكون لها تأثير على اقتصاديات الالتزام، ولا تسري في مواجهة بقية الدائنين تطبيقاً لمبدأ نسبية آثار العقد، فنَظِرَة الميسرة، في هذا الإطار، عبارة عن وقف مؤقت لتنفيذ الالتزام، فالقاضي يجتهد من خلال منح المدين أجلاً لسداد الدين أو تقسيطه، لتحديد ميعاد جديد مناسب لمصلحة المدين[٤٣].

وإذا كانت الفقرة الأولى من المادة ٤١٠ تأخذ بمبدأ وجوب تنفيذ الالتزام متى ترتب في ذمة المدين على وجه بات، فإن الفقرة الثانية للمادة المذكورة تأخذ في المقابل بعين الاعتبار حالة المدين مع مراعاة عدم الإضرار بالدائن، فالقاضي يستطيع – في حدود المدة التي يقدرها لتمكين المدين من الوفاء – تأجيل المبلغ المستحق للدائن أو تقسيطه، فهي تقضي بالإجازة للقاضي – إذا لم يمنعه نص في القانون – أن يُنْظِرَ المدين إلى أجل مناسب أو يقسط الدين عليه، إذا استدعت حالته ذلك، ولم يلحق الدائنَ ضررٌ جسيمٌ.

ثانياً – شروط وقف سداد الدين أو تقسيطه:

إن حالة الإعسار من الحالات التي تستوجب منح المدين أجلاً لسداد الدين أو تقسيطه، إلا أن التساؤل الذي يثار بخصوص مدى الإعسار الذي يستوجب استفادة المدين من حكم المادة ٤١٠ من القانون المدني، فهل يشترط لحصول المدين على أجل لسداد الدين أو تقسيطه أن يكون معسراً إعساراً يستحيل معه الوفاء بالدين، بمعنى أنه لا يرجى منه الاقتدار على الوفاء، أو يكفي أن يكون غير قادر على سداد دين الدائن المطالب بالوفاء ولكن يرجى منه الاقتدار على الوفاء به.

---

(٤٢) انظر:
Ph. Soustelle, Thèse préc., n° 31, p. 31. pour qui les délais de grace semblent désormais limités aux obligations de sommes d'argent au motif que ces obligations sont les seules qui sont susceptibles de faire l'objet d'une véritable exécution forcée en nature. Quant aux obligations de faire ou de ne pas faire, elles se résolvent en principe en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur. L'intervention du délais de grâce en ce domaine n' a alors guère de sens puisque le délais s'envisage exclusivement comme une simple mesure d'exécution.

(٤٣) انظر في شروط نظرة الميسرة وآثارها: عبد الرزاق السنهوري ومصطفى الفقي، الوسيط في شرح القانون المدني، انقضاء الالتزام، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ١٩٨٤، ص ٩١٤ وما بعدها.

يمكن القول: إن معيار الاستفادة من الأجل القضائي المقرر في المادة ٤١٠ معيار شخصي يتوقف على ظروف المدين وحالته المالية ومدى قدرته على الوفاء بعد انقضاء الأجل الممنوح، كل ذلك يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فإذا كانت الحالة المالية للمدين تبرر للقاضي تطبيق الحكم الوارد في المادة ٤١٠ بمنح المدين أجلاً للوفاء أو تقسيط الدين، فإن عدم قدرته على الوفاء بالدين بعد انقضاء الأجل أو الوفاء بالأقساط تمنع القاضي من تطبيق ذلك الحكم، فينبغي تحقق الشرطين معاً – حالة المدين وقدرته على الوفاء – فإن تخلف أحدهما امتنع على القاضي تطبيق حكم المادة ٤١٠ من القانون المدني، فالمدين المعسر الذي يستحيل عليه الوفاء أو من لا يرجى منه الاقتدار على الوفاء لا فائدة من منحه أجلاً للوفاء أو تقسيط الدين عليه(٤٤).

يتضح من نص المادة٤١٠ أن نظرة الميسرة (الأجل القضائي) قد تمنح للمدين المعسر وغير المعسر طالما كان قادراً على الوفاء بالدين(٤٥)، فنَظِرَة الميسرة وفقاً

(٤٤) انظر في ذلك: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني ص ٣٣٢ تعليقاً على نص المادة ٤١٠ حيث تبين بأن للقاضي أن يمهل المدين في الوفاء أو يمنحه ما يسمى نَظِرَة الميسرة إذا توافرت في الموضوع الأسباب المشروطة قانوناً لذلك، إذ يجب أن تكون حالة المدين تستأهل إيثاره بهذه المنحة، وبالتالي فلا يجوز أن تعطى لمن تعمد عدم الوفاء أو قصر فيه قصوراً بيناً، أو لمن كان معسراً لا يرجى منه الاقتدار على الوفاء، كما يجب ألا يكون من شأن النَظِرَة إلحاق ضرر شديد بالدائن، فلا وجه لإغاثة المدين إذا كان السبيل إلى ذلك هو إنزال الأضرار البالغة بالدائن، ويلزم أخيراً ألا يوجد نص في القانون يمنع النَظِرَة إذ يتعين عندئذ التزام حكمه، وغني عن البيان أن القاضي عليه أن يقدر مدى النظرة بالمدة الضرورية لتمكين المدين من الوفاء. وتطبيقاً للنص المذكور فقد قضى بأن "حالة المطعون ضده تستدعي أن يقسط مبلغ الدين عليه، إذ هو متزوج وله أربعة أولاد ويرعى مصالح إخوته بعد وفاة والده، وأنه لا يوجد نص في القانون يمنع من ذلك، وأنه لا يترتب على التقسيط ضرر جسيم بالطاعنين بعد أن تعهد لهما المذكور في ١٩٨٤ بسداد مبالغ الدين على أقساط شهرية تقل قيمة كل منها عن القسط المقضي به، وقاما بإعادة تعيينه في ١٩٨٥ في ذات الوظيفة التي كان يشغلها قبل إنهاء خدمته، وكان هذا الذي خلص إليه الحكم المطعون فيه له أصل ثابت بالأوراق ويواجه دفاع الطاعنين، وكانت أوراق الدعوى خلواً مما يفيد تعمد المطعون ضده عدم الوفاء بالدين أو تقصيره فيه، أو أنه معسرٍ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذا أيد حكم محكمة أول درجة الذي قضى بأن يقسط الدين على المطعون ضده يكون قد أصاب صحيح القانون، ويكون هذا النعي بالتالي في غير محله". الطعن رقم ٨٦/١٠٩ إداري جلسة ١٩٨٧/٣/٢٥، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، يونية ١٩٩٦، القسم الثاني، المجلد الثاني، ص ٩٤١.

(٤٥) فقد يكون لدى المدين من المال ما يكفي للوفاء بالتزامه، وليس في مقدوره مؤقتاً أن يقوم بالوفاء، كأن يكون لدى المدين عقار أو منقول يتعذر بيعه في الحال، فيطلب المدين مهلة حتى يتسع له الوقت اللازم لذلك، أو يكون للمدين موارد يتقاضاها في مواعيد متعاقبة، كأجر عمله أو ريع ملكه، وهي كافية للوفاء لو قسط دينه.

لنص المادة ٤١٠ لا تكون لحالة الإعسار الناتجة عن الاستحالة المستمرة في الوفاء بالدين، فالمدين المعسر الذي لا يرجى منه الاقتدار على الوفاء بالدين لا يمكنه الاستفادة من حكم المادة ٤١٠ من القانون المدني.

وإذا كانت إمكانية حصول المدين على أجل للوفاء بالدين أو تقسيطه عليه تتوقف على قدرته على الوفاء، فيستخلص من ذلك أن الغاية من نَظِرَة الميسرة ليست لمعالجة حالة الإعسار بذاتها بل تنفيذ المدين لالتزامه من خلال الوفاء الكامل بالدين المستحق، فمعالجة حالة الإعسار تقتضي عدم قصر منح الأجل القضائي بشكل عام على المدين المقتدر على الوفاء، فينبغي الأخذ بعين الاعتبار عند طلب المدين أجلاً للوفاء بالدين بجميع الظروف المحيطة به عامة كانت أو خاصة، فقد يكون إعسار المدين حسن النية راجعاً إلى ظروف معينة لا يد له فيها كالأزمات الاقتصادية أو فقدانه مصدر دخله، فالمشرع الفرنسي – على سبيل المثال – أخذ بعين الاعتبار لوقف تنفيذ التزام – في المادة L. 314-20 من قانون حماية المستهلك – بحالة المدين المفصول عن العمل(٤٦).

فإذا كان التزام المدين المعسر – كما رأينا – لا ترد عليه الاستحالة، ولا يمكن تعديله وفقاً لنظرية الظروف الطارئة أو الحصول على أجل للسداد عندما يستحيل عليه الوفاء بالدين، فإن القواعد العامة تبقى غير كفيلة وعاجزة عن تحقيق قدرٍ من الحماية القانونية لمواجهة حالة الإعسار بالنسبة للمدين الذي ينبغي عليه تنفيذ التزامه، دون مراعاة للظروف التي أدت به إلى ذلك.

المطلب الثاني
المعالجة القانونية والقضائية وفقاً للقواعد الخاصة

إلى جانب إمكانية المعالجة القضائية من خلال إمكانية منح المدين أجلاً لسداد الدين أو تقسيطه وفقاً للقواعد العامة، راعى المشرع الفرنسي في قانون حماية

---

(٤٦) مجال تطبيق المادة L. 314-40 من قانون حماية المستهلك الفرنسي يقتصر على القروض الاستهلاكية والعقارية حيث تنص الفقرة الأولى منها على ما يلي:
" L'exécution des obligation du débiteur peut être, notamment en cas de licenciement, suspendue par ordonnance du juge d'instance dans les condition prévues aux articles 1343-5 du code civil. L'ordonnance peut décider que, durant le délai de grace, les sommes dues ne produiront point intérêt ".

(٤٧) انظر في تلك القواعد:
V. Martineau-Bourgninaud, Procedures de surendettement des particuliers et rétablissement personnel. LGDJ, 2018. V. Vigneau, G- Xavier Bourin, Droit du surendettement des particuliers, Litec, 2007.

المستهلك (قواعد خاصة)(٤٧)، الظروف غير المتوقعة التي يترتب عليها استحالة سداد المدين المستهلك جميع ديونه غير المهنية مستحقة الأداء أو المؤجلة(٤٨) وأياً كان مصدر تلك الديون، بحيث تتم معالجة تلك الحالة من خلال العديد من القواعد القانونية التي تنص على إمكانية تأجيل الوفاء بالديون المستحقة من خلال منحه أجلاً للوفاء، تقسيط الدين عليه، تخفيض الفائدة المستحقة أو تخفيض الدين في حالات معينة، بل إن المشرع الفرنسي ذهب إلى أبعد من ذلك فنص – في إطار حماية المدين المستهلك – على إمكانية شطب أو محو الدين بالنسبة للمدين المعسر الذي ليست له مصادر مالية وأموال قابلة للحجز.

ينص قانون حماية المستهلك على اختصاص لجنة معينة تمسى بلجنة المديونية المثقلة أو المفرطة(٤٩) لتقوم على دراسة الحالات التي يمكن لها الاستفادة من الطرق والوسائل القانونية المحددة لمعالجة حالة الاستحالة المالية لسداد الديون(٥٠)، بحيث إذا تم التقدم بطلب لمعالجة الدين أو الديون تستطيع اللجنة – عند توفر شروط قبول الطلب – السعي لإيجاد تسوية اتفاقية بين المدين والدائنين، أو اقتراح أو فرض بعض الضوابط القانونية وفقاً لإجراءات المعالجة العادية لحالة الاستحالة، أو أن يتم اللجوء إلى عملية شطب الديون دون تصفية أموال المدين أو معها وفقاً لشروط معينة، بحسب ما إذا كان لديه من الأموال الكافية لسداد ديونه(٥١)، كما أن كيفية معالجة حالة الاستحالة تختلف باختلاف الحالة المطلوب معالجتها من استحالة السداد، وقبل التطرق لكيفية معالجة مثل هذه الحالة وفقاً للقواعد الخاصة لقانون حماية المستهلك

(٤٨) كالبطالة والطلاق والمرض على سبيل المثال، انظر في ذلك:
Raymond G., Nouvelle réforme du surendettement des particuliers et des familles, ContratÀ conc., consom. 1999, n° 9, p. 8 et s., spec. p. 9; Sinay-Cytermann A., La réforme du surendettementÀ Les innovations de la loi du 29 juillet 1998 de lutte contre les exclusion, JCP éd. G 1999, n° 4, p. 195.

كما أن القضاء الفرنسي يتوسع في تفسير مفهوم حسن النية بالنسبة للمدين: surendettإ
Selon la jurisprudence française, sont de bonne foi, non seulement les débiteurs victims des circonstance, mais encore ceux qui se sont surendettés par imprévoyance, sans l'avoir recherché de manière consciente et réfléchie. Voir, Cass. 1re civ., 14 mai 1992, RTD com. 1992. 864À obs. Paisant

(٤٩) انظر في تشكيل اللجنة: المادة L.712-4 من قانون حماية المستهلك.

(٥٠) انظر: المادة L.712-1 من قانون حماية المستهلك.

(٥١) انظر: المادة L.712-2 من قانون حماية المستهلك.

الفرنسي، نبين بداية ما الشروط اللازم توفرها لقبول طلب المدين للاستفادة من ضوابط المعالجة.

أولاً – شروط قبول طلب معالجة حالة الاستحالة والأثر المترتب عليه:

١ – شروط قبول طلب معالجة حالة الاستحالة:

حددت المادة L. 77-1 من قانون حماية المستهلك شرطين لمعالجة حالة الاستحالة المالية في سداد الديون، الشرط الأول: توافر حالة الاستحالة، والشرط الثاني: أن يكون الشخص حسن النية[٥٢].

الشرط الأول – توافر حالة الاستحالة بالنسبة للمدين:

وفقاً للمادة L. 711-1 من قانون حماية المستهلك فإن الاستحالة في سداد الديون هي الاستحالة الظاهرة لسداد جميع الديون غير المهنية مستحقة الأداء والمؤجلة[٥٣]، وبمقتضى هذا النص يعتبر الشخص معسراً عندما لا يكون قادراً على سداد ديونه الشخصية[٥٤]: كالأقساط الشهرية المستحقة للقروض المصرفية الاستهلاكية أو مستحقات البطاقات الائتمانية أو الفواتير، وعادة ما يكون الشخص معسراً لعدم قدرته على سداد عدة ديون، ولكن عدم القدرة على سداد دين وحيد يكفي لاعتبار الشخص معسراً، والديون التي تؤخذ بعين الاعتبار لتحديد حالة الاستحالة هي الديون غير المهنية[٥٥] سواء أكانت مستحقة الأداء أم مؤجلة، فحالة الاستحالة التي

---

(٥٢) هذه المعالجة خاصة بالشخص الطبيعي. وبمقتضى المادة L.711-2 يكون للمدين الفرنسي المقيم خارج الأراضي الفرنسية الاستفادة من ضوابط معالجة حالة الاستحالة إذا كان مديناً لدائنين مقيمين في فرنسا.

(٥٣) انظر في ذلك الفقرة ٢ من المادة L. 711-1:
"La situation se surendettement est caractérisée par l'impossibilité manifeste de faire

(٥٤) انظر في ذلك: الشرط:
J.Calais-Auloy, H. Temple, M. Depincé, Droit de la consommation, 10 éd., Dalloz, n°528. Selon la Cour de cassation La situation de surendettement s'apprécie "au regard de l'ensemble des ressources du débiteur, quelle qu'en soit l'origine et sans qu'il y ait lieu de s'attacher à leur caractère imposable". Cass. 1re civ., 18 févr. 1992: Bull. civ. I, n°57. La détermination de cette situation implique de prend en compte tant ses ressources actuelle que future. Si les ressources futures du débiteur lui permettent de payer ses dettes à leur échéance, celui-ci n'est pas surendetté. V. Vigneau, G- Xavier Bourin, préc. n°99.

(٥٥) ولتحديد الديون غير المهنية يمكن الرجوع لمفهوم الديون المهنية، فمحكمة النقض الفرنسية =

نظمها المشرع متعلقة بحالة الاستحالة الناتجة عن الديون الاستهلاكية وليست المرتبطة بالنشاط المهني(٥٦)، وبناء على ذلك فإن أي دين على المستهلك يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار – ليس فقط الديون الناتجة عن القروض – بل حتى الديون العقدية الأخرى (كالأجرة) أو غير العقدية (كالضريبة) طالما كانت غير مرتبطة بأي نشاط مهني(٥٧).

بالإضافة إلى تلك الديون فإن الفقرة الأخيرة من المادة L.711-1 تشير إلى حالة اعتبرتها حالة استحالة، وهي الاستحالة الناتجة عن عدم تنفيذ الشخص لكفالته الشخصية، أو عدم تنفيذه لدين بالتضامن مع مقاول شخصي أو شركة، إن النص المشار إليه تضمن ما تناوله القضاء الفرنسي مسبقاً من اعتبار كفالة المدير لديون الشركة كفالة ذات طابع مهني، وبالتالي لا يمكن اعتبارها من ضمن الديون التي تؤخذ بعين الاعتبار لتقدير حالة الاستحالة(٥٨)، وبالمقابل اعتبرت محكمة التمييز الفرنسية أن الدين المكفول من قبل المدين لمصلحة أخيه من أجل شراء محل تجاري من ضمن الديون التي تحدد مدى استحالة سداد الدين(٥٩).

الشرط الثاني – حسن نية المدين:

قانون حماية المستهلك يبحث عن حماية المدينين عند الاستحالة في سداد

= عرفت الديون المهنية بأنها الديون التي تنشأ عن حاجة النشاط المهني أو بسبب النشاط المهني.

Au d'abord, la jurisprudence de la Cour de cassation donnait des dettes professionnelles la définition suivant: "Les dettes professionnelles sont celle nées pour les besoins ou à l'occasion de la l'activité professionnelle du débiteur". Cass 1re civ., 31 mars 1992, 3 arrêts: Bull. civ. I, n° 107. Le 8 avril 2004, La Cour de cassation a modifiés a jurisprudence. Elle a adopté la définition suivante: "Les dettes professionnelles sont celles nées pour les besoins ou au titre d'une activité professionnelle". Cass. 2e civ., 8 avr. 2004: Bull. civ. II, n° 190; D. 2004, p. 1383, obs. C. Rondy; RDC 2004, p. 953, obs. M. Bruschi; RTD com. 2004, p. 820, obs. Paisant.

(٥٦) إجراءات معالجة هذه الحالة خاصة بالأفراد وليس التجار، وبالتالي لا تخضع للإجراءات الخاصة بالإفلاس التجاري.

(٥٧) معالجة حالة الاستحالة وفقاً لقانون حماية المستهلك تشمل الديون الشخصية الآتية: ديون البنوك كالقروض الاستهلاكية أو العقارية، الالتزامات المالية الناتجة عن الأعباء الاعتيادية للمستهلك كالإيجار، فواتير الكهرباء والماء، كذلك الديون الناتجة عن الضرائب.

(٥٨) Cass. 1re civ., 31 mars 2001: Bull. civ. I. 74.

(٥٩) Cass. 1re civ., 31 mars 1992: Bull. civ. I. 107.

ديونهم، ومن الطبيعي أن تقتصر هذه الحماية من حالة الاستحالة على المدين حسن النية(٦٠)، ويبقى حسن النية مفترضاً، فالمدين لا يلتزم بإثبات أنه حسن النية، بل يقع عبء الإثبات على عاتق اللجنة والدائنين بأن المدين سيِّئ النية(٦١)، لذلك لا يجوز للقاضي إثارة سوء نية المدين من تلقاء نفسه(٦٢)، وتقدير توفر شرط حسن نية المدين من عدمه يكون من خلال الرجوع لكل حالة على حدة وبشكل شخصي(٦٣)، بالتأكيد ليس المقصود بالمدين حسن النية المدين المفرط في الاقتراض مع علمه التام بعدم استطاعته على السداد، ولا المدين الذي لا يقوم بالسداد من أجل الاستفادة من إجراءات استحالة السداد(٦٤).

٢ – الأثر المترتب على قبول طلب المعالجة:

معلوم أن قرار اللجنة بقبول طلب المدين يعني قبول معالجة حالة الاستحالة المالية، فيتم إخطار كل من المدين والدائنين بالقرار، الأمر الذي تترتب عليه النتائج الآتية:

- **بالنسبة للحجز على أموال المدين:** يترتب على قبول طالب معالجة حالة الاستحالة وقف إجراءات التنفيذ بقوة القانون(٦٥) (الحجز على الأموال المنقولة،

(٦٠) انظر في ذلك الشرط:
J.Calais-Auloy, H. Temple, M. Depincé, préc., n°529. V. par ex. Cass. 1re civ., 24 févr. 1993: Bull. civ. I, n°86; 13 juin 1995: Bull. civ. I, n° 262.

(٦١) الكتمان أو الكذب بالمعلومات المقدمة من المدين يترتب عليه رفض طلب المعالجة.

(٦٢) "L'interdiction pour le juge du surendettement de statuer de son propos chef sur la mauvaise foi du débiteur ne tire pas seulement sa justification de la présomption légale de bonne foi. Selon La Cour de cassation, elle dérive aussi du caractère d'ordre public de protection attaché à la législation sur le surendettement". V. V. Vigneau, G- Xavier Bourin, préc. n°62.

(٦٣) Selon la Cour de cassation la mauvaise foi doit être personnelle. La mauvaise foi n'est pas personnelle lorsque la fin de non-recevoir est tirée de l'absence de bonne foi de son conjoint. Sur l'ensemble de cette question, V. not. R. Cabrillac, Conditions d'ouverture d'une procédure de surendettement des particuliers et couples mariés. Etudes de droit de la consommation, Libre Amicorum Jean Calais-Auloy, Dalloz 2004, p. 217. S. Gjidara-Decaix, La vie à deux et le surendettement: Rev. proc.coll. 2004, p. 338. Voir aussi. Cass. 1re civ., 2000: Bull. civ. I, n° 95; RTD com. 2000, p. 470, obs. G. Paisant. Cass. 1re civ., 27 févr. 1997: Contrats, conc., consom. 1997, comm. 89À obs. G. Raymond.

(٦٤) Cass. 2e civ., 31 janvier 2019À n° de pourvoi: 17-28440. Legifrance. Gouv. Fr.

(٦٥) خلال مدة سنتين إن مجرد التقدم بالطلب للجنة المختصة لدراسة حالة المدين المالية =

الراتب أو الحجز على العقارات)، إلى حين الموافقة على تسوية اتفاقية أو فرض أو اقتراح تسوية معين من قبل اللجنة(٦٦).

بالنسبة للسكن: إن وقف إجراءات إخلاء المدين للمسكن لا تكون بقوة القانون، بل يجب على اللجنة في هذه الحالة الرجوع للقاضي من أجل وقف تلك الإجراءات(٦٧).

- **بالنسبة للعقود المبرمة:** لا يستطيع الدائنون أو البنك إنهاء بعض العقود أو تعديلها (قفل الحساب البنكي للمدين، أو إنهاء عقد تأمين القرض العقاري لمجرد قيام المدين بتقديم طلب معالجة حالة استحالة في سداد ديونه.
- **بالنسبة للتصرفات القانونية:** بمقتضى المادة L.722-5 من قانون حماية المستهلك فإن وقف إجراءات التنفيذ تقتضي، بقوة القانون، اتخاذ بعض الإجراءات لحماية الذمة المالية للمدين، بحيث يمنع المدين من اتخاذ أي إجراء أو تصرف يؤدي إلى زيادة التزاماته أو خفض حقوقه، مما يترتب عليه تفاقم إعساره(٦٨).

بالمقابل، يبقى المدين ملتزماً بسداد العديد من الالتزامات المالية الناتجة عن الأعباء اليومية أو تكاليف الحياة، فيلتزم بسداد الإيجار وفواتير الكهرباء والماء والهاتف والتأمين والضرائب، كما يبقى المدين ملتزماً بسداد ما هو مستحق من تعويضات أو غرامات مالية.

ثانياً – إجراءات معالجة حالة الاستحالة:

تكون معالجة حالة الاستحالة في سداد الديون من قبل اللجنة المختصة وفقاً لبعض الإجراءات القانونية، فاللجنة لا تقوم بسداد ديون المدين، ولا تقوم بإقراضه،

= لا يترتب عليه وقف إجراءات التنفيذ، وإنما يلتزم المدين بالاستمرار بسداد ديونه مع إمكانية مطالبة المدين للجنة بوقف إجراءات التنفيذ المتخذة ضده.

(٦٦) انظر: المادة L.722-2:

" La recevabilité de la demande emporte suspension et interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunération consenties par celui-ci et portant sue les dettes qu'alimentaires".

(٦٧) انظر: المادة L. 722-6، وبمقتضى المادة L.722-9 تكون مدة الوقف في هذه الحالة لفترة سنتين بحد أقصى.

(٦٨) فلا يجوز للمدين التنازل عن أمواله أو بيعها، أو سداد القروض المصرفية الاستهلاكية أو العقارية أو سداد الديون المتأخرة دون موافقة القاضي.

وإنما مهمتها البحث عن حل للمدين مع الدائنين وفقاً للحلول القانونية المحددة في قانون حماية المستهلك وهي على النحو الآتي:

١ – التسوية الاتفاقية للديون:

يقصد بالتسوية الاتفاقية ذلك الاتفاق المبرم بين المدين والدائنين الرئيسيين بخصوص سداد الديون، والتسوية الاتفاقية لا تكون إلا بناء على اتفاق مع إمكانية سداد كافة الديون في الحد الأقصى للمدة المحددة للسداد[٦٩].

تبحث اللجنة من خلال هذا المعالجة القانونية عن إمكانية إيجاد اتفاق تسوية بخصوص سداد ديون الدائنين بحيث يكون لهذا الاتفاق القوة الملزمة[٧٠] بعد التوقيع عليه بين المدين والدائنين[٧١]، وللجنة دور مهم جداً في إعداد هذا الاتفاق حتى يتلاشى المدين الموافقة على تسوية مفروضة عليه من الدائنين، إن الاتفاق بين المدين والدائن على التسوية قد يتضمن الموافقة على تأجيل السداد أو التقسيط الكلي أو الجزئي للديون أو الإبراء من الدين أو خفض نسبة الفائدة أو إلغاءها، طلب أو إحلال ضمانات معينة[٧٢]، ودور اللجنة في الوصول إلى مثل هذا الاتفاق يستند على ثلاثة محاور أساسية، المحور الأول: حاجة المدين للحد الأدنى من المال لمواجهة أعباء الحياة اليومية كالنفقات المتعلقة بالمسكن والكهرباء والماء والتنقل والنفقات الدراسية والصحية، المحور الثاني: بيع بعض الأموال مع أفضلية الاحتفاظ بالمنزل المخصص للسكن، خفض مقدار الفائدة أو خفض مقدار بعض الديون، المحور الثالث: السداد المقسط للدائنين[٧٣].

وللمحافظة على مصلحة الدائنين، فإن التسوية الاتفاقية يمكن أن تضع بعض الالتزامات على عاتق المدين: كالالتزام بالقيام بعمل يتمثل بإجراء بعض التصرفات

(٦٩) الحد الأقصى للمدة ٧ سنوات.

(٧٠) في حالة عدم التزام المدين بالتسوية يترتب على ذلك عدم الاستمرار في تطبيق الاتفاق مع إمكانية اتخاذ الدائنين لإجراءات التنفيذ.

(٧١) فيما يتعلق بالتسوية الاتفاقية انظر: المواد من L. 732-1 إلى L. 732-3.

(٧٢) في القانون الكويتي، وفقاً للقواعد العامة، يمكن تصور الاتفاق بين الدائن المدين على تعديل أحكام العقد المبرم بينهما للوصول إلى تسوية معينة في حالة الاستحالة المالية على السداد، فالعقد شريعة المتعاقدين بحيث يجوز تعديل أحكامه (المادة ١٩٦ مدني)، كما يجوز للدائن إبراء ذمة المدين من دينه (المادة ٤٣٥ مدني)، ولكن في حالة عدم الاتفاق بين الدائن والمدين على تسوية معينة، لا يكون أمام المدين في هذه الحالة إلا اللجوء إلى القضاء، بمعنى اللجوء إلى المعالجة القضائية.

(٧٣) انظر: المواد من L. 731-1 إلى L.731-3.

القانونية لتسهيل أو ضمان عملية السداد بعد الاتفاق على التسوية، أو الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل معين كعدم إجراء بعض التصرفات التي تفاقم من حالة الإعسار، إن مدة التسوية الاتفاقية سبع سنوات ويفترض موافقة الدائنين عليها، ويجوز تجاوز هذه المدة إذا كان السداد يتعلق بقرض لامتلاك منزل عائلي وذلك من أجل تلافي بيعه.

في حالة عدم استطاعة المدين سداد ديونه خلال الحد الأقصى للمدة القانونية المحددة للسداد، أو فشل محاولة اللجنة الخاصة بمعالجة المديونيات للوصول إلى تسوية ودية بسبب عدم موافقة المدين والدائنين الرئيسيين على معالجة حالة المدين، في هذه الحالة سيتم اللجوء إلى إجراء آخر بحيث يكون للجنة الحق في فرض بعض الإجراءات أو التوصية بها من أجل معالجة حالة الاستحالة المالية في سداد الديون.

٢ – التسوية الإلزامية أو المقترحة للديون:

التسوية الإلزامية: خلال الخمسة عشر يوماً التالية لعدم وصول اللجنة لتسوية اتفاقية بسبب عدم موافقة المدين والدائنين الرئيسيين يكون للمدين الحق في طلب الاستفادة من بعض الإجراءات التي تمتلك اللجنة فرضها أو اقترحها من أجل الوصول إلى تسوية لديون المدين، والقرار المتخذ من اللجنة يمكن أن يكون محله جميع الديون بما فيها الديون الضريبية أو الاجتماعية، ويستثنى منها الغرامات والتعويضات المقررة للمجني عليهم في الجرائم الجزائية وديون الغذاء، والتسوية الإلزامية(٧٤) تكون من خلال فرض بعض الإجراءات المحددة على سبيل الحصر ومنها ما يلي:

- اللجنة تستطيع التقسيط أو التأجيل لسداد الديون خلال مدة لا تتجاوز سبع سنوات.
- خصم المدفوعات من رأس المال.
- خفض نسبة الفائدة.
- وقف سداد الدين لمدة لا تتجاوز سنتين، وهذا الوقف يشمل الفائدة، وبعد انقضاء هذه الفترة، تقوم اللجنة بدراسة حالة المدين لاتخاذ الإجراء المناسب، ولا يكون لها الحق في وقف سداد الدين لمرة أخرى.

التسوية المقترحة: قد تلجأ إليها اللجنة في حالة إذا رأت أنه من الضروري

(٧٤) بخصوص هذا النوع من الإجراء الإلزامي أي التسوية الإلزامية انظر: المواد من L. 733-1 إلى L.733-9.

تخفيض بعض الديون بناء على توصية خاصة ومسببة، ويكون ذلك في حالتين محددتين على سبيل الحصر(٧٥): الحالة الأولى: خفض دين العقار بعد بيع المنزل المخصص للسكن. في حالة البيع الجبري للمنزل السكني للمدين والمرهون للدائن، فإن اللجنة تستطيع أن توصي بخفض جزء من مبلغ القرض العقاري المتبقي بعد البيع، ولها أن توصي بذلك في حالة بيع العقار لتلافي التنفيذ عليه، الحالة الثانية: الإسقاط الجزئي لبعض الديون.

في حالة اتخاذ اللجنة لإجراء معين وفقاً للتسوية الإلزامية أو المقترحة فيجب إخطار كل من المدين والدائنين، وفي حالة عدم موافقة المدين أو أي دائن من الدائنين فيما يتعلق بالإجراء المتخذ يمكن المنازعة فيه أمام القاضي خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإخطار، وفي هذه الحالة يصدر القاضي حكماً قابلاً للطعن فيه بالاستئناف، ويجب ملاحظة أن الإجراءات التي تتخذها اللجنة وفقاً للتسوية الإلزامية تطبق مباشرة بالنسبة للمدين والدائنين، أما الإجراءات التي تتخذها اللجنة وفقاً للتسوية المقترحة، فلابد من موافقة القاضي عليها حتى تكون قابلة للتطبيق بالنسبة للمدين، كما أن مسألة التوفيق بين إجراء إلزامي وإجراء مقترح أي موصى به، كتخفيض الفائدة وإسقاط جزئي لبعض الديون، تقتضي موافقة القاضي.

٣ – إمكانية شطب الديون:

إن معالجة حالة الاستحالة في سداد الديون لم تقتصر على منح المدين أجلاً للسداد أو الإسقاط الجزئي لبعض الديون في حالات معينة، بل أهمية معالجة هذه الحالة وضرورتها دفعت المشرع الفرنسي إلى الذهاب إلى أبعد مدى في الحماية، وذلك من خلال إمكانية شطب الديون.

من أهم الشروط اللازمة لشطب ديون المدين حسن النية أن يكون في حالة خطرة بشكل نهائي، بمعنى أن تكون حالة الاستحالة الظاهرة في سداد الديون غير قابلة للمعالجة من خلال الإجراءات العادية الخاصة بالمديونيات المفرطة سواء من خلال التسوية الاتفاقية أو التسوية الإلزامية أو المقترحة من قبل لجنة المديونيات(٧٦)، وذلك إما بسبب عدم نجاح تلك الإجراءات التي سبق منحها للمدين، أو كون المدين

(٧٥) انظر فيما يتعلق بالإجراء المقترح أو الموصى به من قبل اللجنة أي التسوية المقترحة: المواد من L. 733-15 إلى L.733-17.

(٧٦) انظر: المادة L.741-1.

ليست لديه القدرة على الاقتراض لضعف مصادر دخله، فالمدين يكون في حالة يائسة لا جدوى معها من إعادة تنظيم ديونه أو جدولتها.

وإذا تبين للجنة المديونية المفرطة أن المدين في حالة خطرة بشكل نهائي بحيث لا يمكن معالجة حالة استحالته في السداد من خلال الإجراءات العادية، يكون لها الحق في توجيه ملف المدين نحو الإجراء المسمى بالإصلاح الشخصي retablissement personnel وذلك من أجل معالجة حالة الاستحالة من خلال إحدى الحالتين[٧٧]: الحالة الأولى: شطب الدين دون تصفية الأموال. والحالة الثانية: شطب الدين مع تصفية الأموال.

- **الحالة الأولى: شطب الديون دون تصفية الأموال**

يكون شطب ديون المدين حسن النية الذي يكون في حالة استحالة لسداد ديونه دون تصفية[٧٨] في الحالة التي لا يملك أي شيء من الأموال[٧٩]، ويستثنى من ذلك الأموال المنقولة المتمثلة بالأثاث المنزلي الضروري للحياة، الأموال غير المهنية الضرورية لممارسة نشاطه المهني، أو الأموال التي ليس لها قيمة تجارية، بمعنى أن قيمتها وقت البيع لا تسمح بتسديد كل الديون أو جزء منها، فإذا رأت اللجنة أن المدين ليس لديه من الأموال شيء، تقرر شطب الديون مع إخطار المدين والدائنين بذلك، بالإضافة إلى إحالة الملف إلى القضاء، وفي حالة عدم الاعتراض من أحد الدائنين، يكون لهذه القرارات القوة التنفيذية الملزمة.

يجوز الاعتراض على قرار اللجنة خلال الثلاثين يوماً التالية ليوم الإخطار أمام المحكمة[٨٠]، وفي هذه الحالة يباشر القاضي إجراء التحقيق، وبحسب النتيجة يستطيع أن يقضي بالإصلاح الشخصي دون تصفية أو مع التصفية، ويستطيع أن يقضي برفض قرار اللجنة مع إرجاع ملف المدين من أجل العودة للإجراءات العادية للتسوية.

- **الحالة الثانية: شطب الديون مع تصفية الأموال**

هذه الحالة تفترض أن المدين على الرغم من أنه في حالة خطرة بشكل نهائي إلا أنه يملك بعض الأموال التي يمكن من خلال بيعها سداد ديونه ولو بشكل جزئي،

---

(٧٧) يحق للمدين طلب بدء هذا النوع من الإجراء أثناء الإجراءات العادية المتعلقة بالمديونية المفرطة.

(٧٨) هذه الحالة تم تنظيمها في المواد من L. 741-1 إلى L.741-9

(٧٩) لا يشترط في هذه الحالة موافقة المدين، ولكن يجب إخطاره وإخطار الدائنين.

(٨٠) انظر:

L'article L. 741-4 et R 741-1 du Code de la consommation

وفي هذه الحالة يكون للجنة اقتراح اتباع هذا الإجراء، أي شطب الديون مع تصفية الأموال(٨١)، بشرط استدعائها للمقترض للحصول على موافقته(٨٢)، وبعد ذلك تقوم اللجنة بإحالة ملف المديونية للمحكمة التي بدورها تستدعي كلاً من المدين والدائنين للجلسة المحددة، ولا يقضى بشطب الديون مع التصفية إلا بعد أن يتحقق القاضي من الحالة الخطرة النهائية للمدين التي تستدعي اتخاذ مثل هذا الإجراء، ولكن القاضي يستطيع تلافي عملية التصفية بحيث يقترح خطة للتسوية، وإذا حكم القاضي بتصفية الذمة المالية للمدين فإنه يقوم بتعيين مصفٍ يعمل على إعداد مشروع لتصفية الأموال(٨٣)، وفي حالة التصديق عليه من قبل القاضي، يباشر المصفي بيع الأموال محل التصفية، وبعد عملية البيع يصدر القاضي حكماً بانقضاء الديون عند الوفاء بها من قيمة الأموال المباعة أو لعدم كفاية الأموال لسداد كافة الديون.

الخاتمة:

يتضح لنا من البحث موضوع الدراسة أن هناك العديد من المتغيرات التي قد تجعل من تنفيذ التزام المدين في أوقات معينة مستحيلاً أو مرهقاً له، وقد كشف الواقع خلال اتخاذ الدول للإجراءات الاحترازية من إغلاق المنشآت التجارية وعملية الحجز المؤسسي أو المنزلي لمواجهة تداعيات فيروس كورونا، نوعاً من الصعوبات أو الاستحالة المالية للأفراد في تنفيذ التزاماتهم المالية خاصة الالتزامات الناتجة عن القروض المصرفية للبنوك، كل ذلك نتيجة المتغيرات الاقتصادية الناتجة عن الأزمة الصحية لفيروس كورونا.

ومن الأسباب التي تقتضي ضرورة معالجة حالة الصعوبة المالية أو الاستحالة المالية للأفراد في سداد ديونهم، عدم إمكانية اعتبار الاستحالة المالية كالقوة القاهرة التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام، وكذلك عدم إمكانية اعتبار تلك الحالة ظرفاً طارئاً يؤدي إلى تخفيض قيمة الدين أو الفوائد المستحقة عليه؛ لذلك فإن إمكانية تغير الحالة المالية للمدين وفقاً للعديد من العوامل التي تكون خارجة عن إرادته، تقتضي ضرورة إيجاد قواعد قانونية علاجية تكفل مصالح المدين والدائنين جميعاً.

وقد تبين بالنسبة للقانون الكويتي أن حالة الاستحالة أي إعسار المدين في سداد ديونه لايزال ينظر إليها كحالة واقعية يثار بشأنها العديد من التساؤلات خاصة:

---

(٨١) هذه الحالة تم تنظيمها في المواد من L. 742-1 إلى L.742-9.

(٨٢) عدم حصول اللجنة على رد من قبل المدين يعني رفضه للإجراء الذي ترغب اللجنة باتخاذه.

(٨٣) يحق للدائنين الاعتراض على مشروع التصفية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإخطار به.

مفهومها ونطاقها، ولقد تناسى المشرع الكويتي أن حالة الاستحالة قد تكون نتيجة عدم قدرة المدين على تنفيذ التزامه لعدم كفاية أمواله للوفاء بديونه، وأن المدين أصلاً في حاجة إلى حماية من خطورة تلك الحالة، حيث إن المعالجة القضائية لتلك الحالة المقررة وفقاً للقواعد العامة لا ترتبط من بعيد أو من قريب أصلاً بتلك الحالة، وإنما بإمكانية تنفيذ المدين لالتزامه.

بالمقابل، لقد تبني المشرع الفرنسي في قانون حماية المستهلك نظاماً قانونياً خاصاً لمعالجة الاستحالة تحقيقاً لمصلحة كل من الدائن والمدين، متضمناً العديد من الإجراءات التي تشكل حلولاً قانونية، بحيث يكون للمدين حسن النية - وفقاً لحالته المالية - الحق في تأجيل الدين المستحق، أو تقسيطه، أو تخفيض مقدار الدين، أو تخفيض نسبة الفائدة في الديون التجارية أو شطبها في بعض الحالات.

إن غياب التنظيم القانوني لحالة الاستحالة المالية في القانون الكويتي من شأنه أن يرتب العديد من الآثار السلبية الخطرة من عدة نواح في مواجهة كل من المدين والدائنين، فمراعاة لمصالح كل من المدين المستهلك والدائنين ورعاية لهم، ولتحقيق نوع من الحماية الفعالة من حالة الاستحالة بحسب الحالة المالية للمدين، توجه المشرع الفرنسي - كما هو وارد في قانون حماية المستهلك - إلى تقرير نظام خاص بالديون الاستهلاكية حماية من الإفلاس المدني - إن صح التعبير - يتم اللجوء إليه عندما يشعر المدين بعدم قدرته على الوفاء بديونه؛ لكي يتمكن المدين المستهلك من تحسين حالته المالية.

المراجع

أولاً – المراجع باللغة العربية :

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: أحكام الالتزام، دار الشريف للنشر، الطبعة الأولى، ١٩٩٥/١٩٩٦.
- خالد الضفيري: حالة الإعسار في القانون المدني الكويتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، العدد ١، السنة ٣٥، مارس٢٠١١، ص ١٣٥.
- رمضان أبو السعود: النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨.
- – النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢.
- سمير تناغو: مصادر الالتزام، ١٩٩٩–٢٠٠٠.
- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية. ١٩٦٧.
- – الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، المجمع الإسلامي، دون سنة نشر.
- عبد الرزاق السنهوري ومصطفى الفقي: الوسيط في شرح القانون المدني (الجزء الثالث)، نظرية الالتزام بوجه عام، أوصاف الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٨٣.
- – الوسيط في شرح القانون المدني، انقضاء الالتزام، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ١٩٨٤.
- عبد الوهاب الرومي: الاستحالة والسبب الخارجي عن المدين، دارسة لمفهوم نفسي لهذا السبب، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثانية والعشرون، يونيو ١٩٩٨.
- – الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.
- عبد المنعم فرج الصدة: أصول القانون، دار النهضة العربية، دون سنة نشر.
- فتحي عبد الرحيم عبد الله: شرح النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠–٢٠٠١.

- محسن عبد الحميد البيه: النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المصادر الإرادية، المطبعة العربية الحديثة، دون سنة نشر.
- محمد السناري: الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود، دار النهضة العربية، دون سنة نشر.
- محمد حسام لطفي: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ١٩٩٩/٢٠٠٠.
- محمد عبد الرحيم عنبر: الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، السلسلة القانونية، ١٩٨٧.
- محيى الدين إبراهيم سليم: نظرية الظروف الطارئة، بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٧.

ثانياً – المراجع باللغة الفرنسية :

- M. Bruschi: Obs sous Cass 2e civ., 8 avril. 2004, RDC, 2004, p. 953.
- R. Cabrillac - Conditions d’ouverture d’une procédure de surendettement des particuliers et couples mariés. Etudes de droit de la consommation, Libre Amicorum Jean Calais-Auloy, Dalloz 2004, p. 217.
- J. Calais- Auloy, H. Temple, M. Depincé: Droit de la consommation, Dalloz, 10e éd., 2020.
- F. Chabas: Obs sous Cass. 2e civ., 24 janv. 1996, Dr.& part. 1996, p. 76.
- Ph. Delebecque: Obs sous Cass com., 1re oct, 1997, D. 1998. somm., p. 199.
- Ph. Dupichot: La nouvelle résiliation judiciaire pour imprévision, in réforme du droit des contrats et pratique des affaires, dir. Ph. Stoffel-Munck, Dalloz, 2015, p. 73.
- S. Gjidara-Decaix: La vie deux et le surendettement : Rev. proc.coll. 2004.
- P. Guiomard: - La grippe, Les épidémies et la force majeur en dix arrêts. Dalloz. Actualité, éd., 4 mai 2020, www. Dalloz-actualite.fr.
- H. Lalou: Note sous Cass. Civ., 28 avr. 1947, D. 1947, jur., p. 329.
- L. Landivaux: - Contrat et coronavirus : un cas de force ma-

jeur ? Ça dépend. Dalloz. Actualité, ed., 4 mai 2020, www. Dalloz-actualite.fr.

- PH. Le tourneau, L. Cadiet: -Droit de la responsabilité, Dalloz, 1998.
- R. Libchaber: Note sous Cass. Com. 14 nov 2000, Defrenois 2000, art. 37309, p. 240.
- PH. Malaurie, L. Aynès, PH. Stoffel-Munck: Les obligations, 9e éd., LGDJ, 2017.
- V. Martineau-Bourgninaud: - Procedures de surendettement des particuliers et rétablissement personnel. LGDJ, 2018.
- D. Mazeaud: note sous Cass. 1re civ., 10 fév. 1998, D. 1998, jur., p. 359.
- G. Paisant: - Obs sous Cass. 2e civ., 8 avri. 2004, RTD com. 2004. P. 820.
  - Obs sous Cass. 1re civ., 19 mai 1999, RTD com. 1999. 767.
  - Note sous Cass. 1re civ., 10 févr. 1998, JCP, éd., G. 1998, II, 10124.
  - Obs sous Cass. 1re civ., 14 mai 1992, RTD com. 1992, p. 864.
- G. Raymond: Nouvelle réforme du surendettement des particuliers et des familles, Contrat, conc., comsom. 1999, p. 9.
- C. Rondy: Obs sous Cass. 2e civ., 8 avril, D. 2004, p. 1383.
- A.Sinay- Cytermann: La réforme du surendettement, Les innovations de la loi du 29 juillet 1998 de lutte contre Les exclusion, JCP éd., G. 1999. p. 195.
- V. Vigneau et G-X. Bourin: Droit du surendettement des particuliers, Litec, 2007.
- G. Viney: Obs sous Cass. Civ., 9 mars 1994, JCP éd., G. 1994, I, n° 3773.
- G. Viney et P. Jourdain: Traité de droit civil, Les condition de la responsabilité, LGDJ, 2eme éd., 1998.

Financial impossibility of individuals to repay debt (loans) due to the Coronavirus crisis: causes and solutions

Dr. Khaled Aldhafiri

This research addresses the financial impossibility of individuals in paying off debts resulting from the economic repercussions imposed by the Coronavirus (Covid 19) crisis at all levels in order to find out the extent of the legal protection gained by the debtor who has been unable to pay his debts for various reasons, and by reference to the general rules of Kuwaiti civil law, it is clear that the treatment of the financial impossibility was limited to the judicial treatment of the possibility of deferring the repayment of the debt if the conditions of such treatment (first research), and in the other side the French legislator established a legal system for the state of impossibility. Finance in the Consumer Protection Act to access legal and judicial treatment aimed at protecting the insolvent debtor (Second research).

مدى تأثير تداعيات جائحة فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩) على التزام المستأجر بدفع الأجرة في عقد الإيجار العادي والاستثماري في القانون الكويتي

الدكتور/ علي جاسم بوعباس*
الدكتور/ مشعل مهدي جوهر حياة**

ملخص:

نناقش في بحثنا هذا موضوع يمس شريحة كبيرة من المتضررين من تداعيات فيروس كورونا المستجد (كوفيد-١٩)، ألا وهم المستأجرون، حيث قام مجلس الوزراء في دولة الكويت بإصدار الكثير من القرارات للحد من تداعيات فيروس كورونا، مما ترتب عليها أن بعض المستأجرين لم يتمكنوا من الانتفاع بالعين المؤجرة. حيث إن الاغلاق الكلي أو الجزئي لبعض الأنشطة المهنية أو الحرفية أو التجارية من الممكن أن يؤثر على قدرة المستأجر في الوفاء بالتزامه بدفع الأجرة. ولكن هل المستأجرون بغرض السكنى سيتأثرون من تلك القرارات أيضاً؟ ومن أجل تبيان أثر تداعيات الفيروس على عقود الإيجار، فإننا سنتعمق في تحديد التكييف القانوني لهذه التداعيات وأثرها على التزام المستأجر بدفع الأجرة. فهل سنكون أمام قوة قاهرة أم ظروف طارئة أم ظروف خاصة تم النص عليها في القوانين المتعلقة بالإيجار؟ وإن تعلق الأمر بأحدها، هل سنكون أمام ظروف يقدرها القاضي عند قيام المستأجر من تلقاء نفسه بالتخلف عن دفع الأجرة؟ هذا ما نحاول الإجابة عنه في هذا البحث.

مقدمة:

فيروسات كورونا هي سلالة واسعة من الفيروسات التي قد تسبب المرض للإنسان والحيوان، ويسبب فيروس كورونا المُكتشف مؤخراً مرض كوفيد-١٩ والذي ظهر لأول مرة في مدينة ووهان الصينية في ديسمبر ٢٠١٩(١). وقد صنفت منظمة الصحة العالمية فيروس كورونا المستجد في ١١ مارس ٢٠٢٠ على أنه جائحة(٢). حيث بلغ عدد المصابين به حول العالم حتى كتابة هذا البحث ما يقارب ثلاثين مليون

(*) الباحث الرئيس: قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الكويت.
(**) الباحث المشارك: قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الكويت.
(١) https://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses.
(٢) https://ar.wikipedia.org/wiki.

مصاب، وفي ٢٤ فبراير ٢٠٢٠ سجّلت الكويت أول حالات إصابة بالفيروس لخمسة أشخاص، من بينهم مواطن واحد، كانوا قادمين في رحلة سياحية.

ولم يختلف موقف الدول عن بعضها إزاء تلك الجائحة وذلك بإصدار قرارات احترازية للحد من انتشارها، إذ قامت دولة الكويت في ٢٠٢٠/٣/١٤ بإصدار الكثير من القرارات، منها إغلاق مراكز وصالات الترفيه والتسلية ولعب الأطفال، وإغلاق المجمعات التجارية ومراكز التسوق (المولات) باستثناء مراكز التسويق المركزية الخاصة بالمواد التموينية والغذائية، وإغلاق الصالونات الرجالية والنسائية، وتلى ذلك العديد من القرارات المتعلقة بالإغلاق الكلي أو الجزئي لبعض الأنشطة الأخرى مع الإبقاء على خدمة التوصيل للمنازل لبعض الأنشطة، وصدرت كذلك قرارات تتعلق بالحظر الجزئي والمناطقي، إلى أن وصلنا في ٢٠٢٠/٥/٨ إلى قرار الحظر الشامل في البلاد من ١٠ إلى ٣٠ مايو، مع وقف خدمة التوصيل للمنازل على أن تقتصر على الجمعيات التعاونية ومنافذ التسوق الغذائية والصيدليات.

ويمكن القول، لأول وهلة، إن تلك القرارات تسببت بالكثير من الأضرار على بعض الأنشطة المهنية والحرفية والتجارية، مما أدى إلى أن يكون الكثير ممن يعملون بالقطاع الخاص تحت خطر فقدان أجورهم بسبب تضرر تلك الأنشطة، وأصبح الكثير من المستأجرين سواء في الإيجار بغرض السكنى أو بغرض ممارسة نشاط مهني أو حرفي أو تجاري غير قادرين على دفع أجرة العين المؤجرة.

وتكمن أهمية هذا البحث في أنه يمس شريحة كبيرة من المتضررين من قرارات مجلس الوزراء، ألا وهم المستأجرون، وتكمن أهمية البحث كذلك في أن محاكم دولة الكويت ستتعرض لسيل من الدعاوى بهذا الخصوص، حيث لم تعرض عليها فيما سبق دعاوى تتعلق بتداعيات الفيروسات على عقود الإيجار؛ لذلك كان من الأهمية بمكان تدخل الفقه لمعالجة وتبيان أثر تلك التداعيات على عقود الإيجار.

وتكمن إشكالية هذا البحث في صعوبة معرفة تداعيات فيروس كورونا على التزام المستأجر في دفع الأجرة، ولأجل معرفة أثر تلك التداعيات على عقود الإيجار، نحتاج إلى التفرقة بين الإيجار العادي والإيجار الاستثماري[٣]، وهنا تكمن الإشكالية في التفرقة بين هذين العقدين لمعرفة الإطار القانوني الذي يحكم كل عقد في ظل تداعيات فيروس كورونا، بعد ذلك تأتي الإشكالية في تحديد طبيعة هذه التداعيات، هل

(٣) بدر جاسم اليعقوب، عقد الإيجار في القانون المدني الكويتي وقانون إيجار العقارات وفقاً لآخر التعديلات وعلى ضوء أحكام القضاء الكويتي، ط٤، ٢٠١٤-٢٠١٥، الكويت، ص ٦١-٧٩.

هي قوة قاهرة أم ظروف طارئة أم ظروف خاصة تم النص عليها في القوانين المتعلقة بعقود الإيجار، وتكمن الإشكالية كذلك في معرفة الآثار المترتبة في حالة عدم دفع الأجرة من قبل المستأجر في ظل تداعيات فيروس كورونا.

وسنستعين في كتابة هذا البحث بالمنهج الوصفي والتحليلي للنصوص التشريعية والأحكام القضائية المرتبطة بالموضوع، آخذين بالاعتبار أن عقد الإيجار من العقود الزمنية(٤) التي روعيت فيها المدة. ولقد ركزنا في بحثنا هذا على الإشارة لأحكام محكمة التمييز الكويتية لما لها من حجة يمكن الاستناد عليها من الخصوم في دعاوى مماثلة، إذ قررت محكمة التمييز الكويتية بأن لمحكمة الموضوع "سلطة تفسير الأحكام التي يحتج بها لديها كسلطتها في تفسير المستندات التي يقدمها الخصوم في الدعوى، فلها إذا احتج أمامها بحكم أن تأخذ بالتفسير الذي تراه مقصوداً منه دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، وليس عليها إلا أن تبين في أسباب حكمها الاعتبارات المؤيدة لوجهة نظرها"(٥). وبناء على ما تقدم ستكون خطة البحث كالتالي:

المبحث الأول: مفهوم الإيجار العادي والإيجار الاستثماري

المبحث الثاني: التكييف القانوني لتداعيات فيروس كورونا المستجد، وأثره على الالتزام بدفع الأجرة

المبحث الثالث: الأثر المترتب على عدم وفاء المستأجر بالأجرة بسبب تداعيات فيروس كورونا

---

(٤) السيد محمد السيد عمران، عقد الإيجار في القانون الكويتي، ط١، ١٩٩٦، مؤسسة دار الكتب، الكويت؛
MALINVAUD(ph), Manuel droit des obligations, 10ème éd, 2007,LITEC nº 456, p.329; LE TOURNEAU(ph),FISCHER(j) et TRICOIRE(E), Principaux contrats civils et commerciaux, tout le droit,ellipses,2ème éd, 2005, p.25 et suiv; MALAURIE (PH), AYNES (I) et GAUTIER(p-y), Les contrats spéciaux, Droit civil,Defrénois, 2004, p.373 et suiv; VERMELLE(G), Droit civil, Les Contrats Spéciaux, Mémentos, Dalloz, p.68 et suiv; HUET(J), Les principaux contrats spéciaux, 2éd, Traité de Droit civil, 2001, L.G.D.J., p.722 et suivp;
أحمد السعيد الزقرد وفايز عبد الله الكندري، عقد الإيجار وفقاً لأحكام المرسوم بقانون ١٩٧٨/٣٥ وتعديلاته، ط١، ١٩٩٥، دون ناشر، الكويت، ص١٣ وما بعدها.

(٥) الطعن بالتمييز رقم ٢٠٠٧/١٢٢٠ تجاري/٣، جلسة ٢٠٠٨/١٢/٢، غير منشور.

المبحث الأول
مفهوم الإيجار العادي والإيجار الاستثماري

يعتقد الكثير من المستأجرين غير المختصين بالأمور القانونية أن عقود الإيجار واحدة وتحكمها قواعد قانونية واحدة، ولكن هذه ليست الحقيقة، إذ يختلف عقد الإيجار العادي عن عقد الإيجار الاستثماري(٦)، لذلك على المستأجرين التحقق من طبيعة عقودهم قبل التوقيع عليها. ولكي نتعرف على أثر تداعيات الفيروس على التزام المستأجر بدفع الأجرة والنتائج المترتبة على عدم دفعها، يجب أن نفرق أولاً بين مفهوم الإيجار العادي (المطلب الأول) ومفهوم الإيجار الاستثماري (المطلب الثاني).

المطلب الأول
مفهوم الإيجار العادي

بداية ننوه إلى أنه وفقاً لنص المادة (١) من المرسوم بقانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٨ يكون الإيجار الوارد على العقارات إيجاراً عادياً، ومن ثم يخضع للقانون الخاص بالإيجارات عندما لا يشتمل العقد على شروط جوهرية غير مألوفة، ولم يكن القصد منه مجرد المضاربة لتحقيق ربح مادي، أو وقع العقد على عين وما تحتويه من أموال تقل في أهميتها عن العين المؤجرة، أما إذا تضمن عقد الإيجار عكس أي مما سبق(٧)، فإنه لن يعتبر إيجاراً عادياً، ومن ثم لا يسري عليه الأحكام المتعلقة بالمرسوم بقانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٨ بشأن إيجار العقارات.

وعقد الإيجار العادي حسب نص المادة (١) من المرسوم يشمل العقارات فقط بما في ذلك الأراضي الفضاء، سواء أكان الإيجار للسكني أم لغير ذلك، وتستثنى من ذلك الأراضي الزراعية، فمن الممكن أن يكون عقد الإيجار عادياً ومن ثم يخضع للقانون الخاص بالإيجارات ولو كان غرض المستأجر من الإيجار مباشرة نشاط حرفي أو مهني أو تجاري، ذلك أن المشرع في نص المادة (١) من المرسوم لم

---

(٦) للاستفادة انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٦، الإيجار والعارية، بدون س ط، ٢٠٠٤.
MALAURIE (PH), AYNES (I) et GAUTIER (P-Yy), Les contrats spéciaux, op. cit, p.394 et suiv.

(٧) بدر جاسم اليعقوب، مرجع سابق، ص ٥١ وما بعدها؛ السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص ٢٣ وما بعدها، ص٣١ وما بعدها؛ أحمد السعيد الزقرد وفايز عبد الله الكندري، مرجع سابق، ص ٢٨ وما بعدها.

يقصر عقد الإيجار العادي على عقود الإيجار التي يكون الغرض منها السكنى، بل أتى النص عاماً دون تحديد، والعام يؤخذ على عمومه ما لم يقيد أو يخصص، حيث أشارت المذكرة الإيضاحية للمرسوم بالقانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٨ بشأن نص المادة (١)، أن المرسوم لا يسري إلا حيث يوجد عقد سليم يعد إيجاراً في صحيح التكييف القانوني، بشرط أن يتناول التعاقد العين المؤجرة فحسب، سواء أجرت للسكنى أو للعمل أو لأي غرض مشروع. يتضح من ذلك أن العبرة في تكييف العقد بأنه إيجار من عدمه ليس بتسمية العقد ولكن بمضمونه[٨].

لذلك يكون لمحكمة الموضوع في سبيل ذلك "سلطة تفسير العقود واستخلاص ما تراه أوفى إلى نية عاقديها بشرط ألا تخرج عما تحتمله عبارات العقد أو تشوه حقيقة معناها، مستعينة في ذلك بوقائع الدعوى وظروفها باعتبار أن شروط العقد ووقائعه يفسر بعضها بعضاً دون الوقوف عند المعنى الحرفي لعبارات العقد أو ألفاظه أو بعضها دون الآخر، فإذا خرجت عن ذلك جاء تفسيرها خاطئاً يخضع لرقابة محكمة التمييز التي تصحح هذا الخطأ"[٩].

كذلك يخرج عن مفهوم الإيجار العادي إيجار الأملاك العامة تمشياً مع ما استقر في الفقه والقضاء من أن تخويل الانتفاع ببعض الأموال العامة ولو سمي إيجاراً، ما هو إلا ترخيص إداري يحكمه القانون العام وينظم ما اشتمل عليه الترخيص من أحكام. كذلك لا يعتبر إيجاراً عادياً ما تخصصه الحكومة والمؤسسات والشركات من مساكن لبعض موظفيها وعمالها ولو اقتضت عنها أجراً؛ لأن الإيجار ليس مقصوداً لذاته وإنما المقصود هو التيسير على الموظف أو العامل في معيشته حتى يتمكن من أداء واجباته على خير وجه الأداء[١٠].

---

(٨) وقد قررت محكمة التمييز الكويتية بهذا الشأن أن أحكام البيع بالتقسيط تسري على العقد ولو سمى المتعاقدان البيع إيجاراً، وبالتالي تسري في هذه الحالة أحكام البيع بالتقسيط المنصوص عليها في المواد ١٣٦-١٤٠ من قانون التجارة، حتى ولو أطلق عليه عقد إيجار، بشأن هذا الحكم انظر: الطعن بالتمييز رقم ٧٢٨/ ٢٠٠٣، جلسة ٢٠٠٤/١٢/١١، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ٢٠٠٢/١/١ حتى ٢٠٠٦/١٢/٣١ في المواد التجارية والإدارية والمدنية والأحوال الشخصية والعمالية، المجلد الثالث، طبعة ديسمبر ٢٠٠٨، بند ١٨، ص ٤٢٠ و٤٢١.

(٩) الطعنان بالتمييز رقما: ٥٣٠، ٥٤٢ لسنة ٢٠١٤ تجاري٥، جلسة ٢٠١٥/٤/١٥، غير منشور؛ الطعنان بالتمييز رقما ١٢، ٢٠٠١/١٣ تجاري، جلسة ٢٠٠٢/٤/٨، غير منشور.

(١٠) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ بشأن المادة (١).

ولقد عرفت المادة (٤) من المرسوم بالقانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٨ عقد الإيجار العادي على أنه: "عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بعين معينة مدة محددة لقاء أجر معلوم، فإذا عقد الإيجار دون اتفاق على مدة أو عقد لمدة غير معينة أو تعذر إثبات المدة المدعاة اعتبر الإيجار منعقداً للفترة المعينة لدفع الأجرة". يتضح من هذا النص أن عقد الإيجار العادي يكون الغاية منه انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة مقابل الأجرة التي يدفعها(١١). ولا يجوز أن يلتزم المستأجر بمبلغ آخر غير الأجرة وإلا خرجنا من عقد الإيجار العادي إلى عقد آخر(١٢). وإن قام المؤجر بطلب نسبة من الأرباح التي يحققها المستأجر بالإضافة إلى الأجرة التي يدفعها، سيعتبر ذلك من قبيل الشروط الجوهرية غير المألوفة التي تخرج عقد الإيجار من تطبيق أحكام المرسوم بقانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٨ بشأن إيجار العقارات(١٣). فمتى ما خرج عقد الإيجار عن تطبيق أحكام المرسوم فإنه سيسري عليه حسب نص المادة (١) من المرسوم أحكام قانون التجارة أو غيرها على حسب الأحوال.

وقد نصت المادة (٢٤) من المرسوم بالقانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٨ على أنه "تنشأ دائرة إيجارات لدى المحكمة الكلية تختص بالنظر في المنازعات المتعلقة بالإيجار والتعويضات الناشئة عنه..... وتكون جميع الأحكام مشمولة بالنفاذ المعجل، فيما عدا الأحكام الصادرة بالإخلاء. وإذا رفعت الدعوى التي تختص بها دائرة الإيجارات أمام دائرة أخرى أحالتها من تلقاء نفسها إلى دائرة الإيجارات". وهذا ما أكدت عليه محكمة التمييز الكويتية، في أن مسألة الاختصاص النوعي تتعلق بالنظام العام عملاً بنص المادة (٧٨) من قانون المرافعات، وبالتالي تعتبر قائمة في الخصومة ومطروحة دائماً على المحكمة ولو لم يدفع بها أمامها، وعلى المحكمة أن تقضي فيها من تلقاء نفسها، وأن العبرة في تحديد الاختصاص النوعي لكل جهة قضائية هي بما يوجهه المدعي في دعواه من طلبات(١٤). وقررت أيضاً محكمة التمييز الكويتية في حكم آخر أن تكييف الدعوى هو "من تصريف محكمة الموضوع بما لها من هيمنة على الدعوى، وتقضي طلبات الخصوم فيها، وإعطاء الدعوى وصفها الحق، وتكييفها

---

(١١) MALINVAUD (PH), Manuel droit des obligations, op.cit, nº 491, p.355.
أحمد السعيد الزقرد وفايز عبد الله الكندري، مرجع سابق، ص ٨١ وما بعدها.

(١٢) السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص٦٥ وما بعدها.

(١٣) بدر جاسم اليعقوب، مرجع سابق، ص ٥٣.

(١٤) الطعن بالتمييز رقم ٢٠٠٢/٢١٥ تجاري، جلسة ٢٠٠٢/١٠/٢٦، غير منشور.

القانوني الصحيح بما تتبينه من وقائعها، وغير ملزمة بوصف الخصوم لها، وهي في هذا التكييف تخضع لرقابة محكمة التمييز"[(١٥)]. يتضح مما سبق أن على قاضي الموضوع التحقق من عقد الإيجار الذي أمامه، وعدم الأخذ بالوصف الذي قدمه الخصوم على هذا العقد، ومتى ما ثبت له أن عقد الإيجار الذي أمامه ليس عقد إيجار عادي، عليه إحالة الدعوى إلى الدائرة المختصة. فما هي الدائرة المختصة بنظر عقد الإيجار إذا كان ليس عادياً، هل سنكون أمام عقد إيجار استثماري؟

المطلب الثاني
مفهوم الإيجار الاستثماري

رأينا فيما سبق أن المرسوم بالقانون بشأن إيجار العقارات أخرج عدة عقود من نطاق تطبيقه، حيث أخرج ثلاث حالات من تطبيق أحكامه، فما هي تلك الحالات (**الفرع الأول**)، وما هي الأحكام التي يخضع لها عقد الإيجار الاستثماري (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول
حالات عقد الإيجار الاستثماري

وبشكل أكثر وضوحاً، يعتبر عقد الإيجار استثمارياً حسب نص المادة (١) من المرسم بقانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٨ "إذا اشتمل العقد على شروط جوهرية غير مألوفة في الإيجار العادي، أو كان القصد منه مجرد المضاربة لتحقيق ربح مادي، أو وقع العقد على عين وما تحتويه من أموال تفوق في أهميتها العين المؤجرة". يتضح من هذا النص أن عقد الإيجار يعتبر عقداً استثمارياً في ثلاث حالات:

الحالة الأولى: إذا اشتمل العقد على شروط جوهرية غير مألوفة في الإيجار العادي

يعتبر عقد الإيجار عقداً استثمارياً إذا اشتمل على شروط جوهرية غير مألوفة في الإيجار العادي، كأن تؤجر إحدى الجمعيات التعاونية مكاناً لبيع سلع معينة وتشترط على المستأجر التزام حد للربح لا يتجاوزه، أو تفرض عليه نوعاً من الرقابة والإشراف، فإذا وجدت شروط مشابهة لذلك في الإيجار المعتاد اعتبر ورودها قرينة قانونية على أن نية

---

(١٥) الطعنان بالتمييز رقما ٩٣٦، ٢٠١٢/٩٥٥ إداري/١، جلسة ٢٠١٣/٥/٢٢، غير منشور؛ انظر توضيحاً لذلك: فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، ط١، ١٩٧٧، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٩١ وما بعدها؛ بدر جاسم اليعقوب، مرجع سابق، ص٥٦.

الطرفين انصرفت إلى إنشاء عقد يغاير الإيجار العادي وإن اتخذ اسمه. ومن ذلك أيضاً من يستأجر مقصفاً في مدرسة أو نادٍ، ويشترط عليه المؤجر الحصول على حصة من ربح التجارة التي يمارسها المستأجر في العين المؤجرة[١٦]. وقد قررت محكمة التمييز الكويتية أن عقد الإيجار مع الوعد بالشراء في نهاية المدة المحددة بالعقد مقابل ثمن متفق عليه يعتبر عقد استثمار يشتمل على شروط جوهرية غير مألوفة[١٧].

كما قررت محكمة التمييز الكويتية في هذا الشأن أن: "مؤدى نص المادة الأولى من المرسوم بالقانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٨ في شأن إيجارات العقارات أن المشرع أخرج من نطاق تطبيق هذا القانون بنص صريح عقود الإيجار في أحوال معينة، منها حالة العقود المشتملة على شروط جوهرية غير مألوفة في الإيجار العادي، باعتبار إن ورود مثل هذه الشروط يعد قرينة قانونية على أن نية الطرفين قد انصرفت إلى إنشاء عقد يغاير الإيجار المعني في هذا القانون وإن اتخذ اسمه ..... وكان استخلاص ما عناه المتعاقدان من عقدهما وتقدير مدى اشتماله على شروط جوهرية غير مألوفة في الإيجار العادي هو من الأمور الواقعية التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها دون معقب متى استندت إلى أسباب سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق"[١٨].

الحالة الثانية: إذا كان القصد من العقد مجرد المضاربة لتحقيق ربح مادي

وفقاً لما ذكرته المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٨ بشأن المادة الأولى، يكون عقد الإيجار استثمارياً إذا كان الهدف من الإيجار مجرد المضاربة لتحقيق ربح مادي، كأن يقع الإيجار على عمارة كبيرة كلها أو بعضها بمبلغ إجمالي كي يقوم المستأجر بتأجير أجزائها المتعددة للغير، فالمستأجر هنا مضارب يقوم بعملية مالية لا يقصد بها سوى تحقيق ربح مادي من الفرق بين الأجرة التي يدفعها للمؤجر والأجرة التي يتقاضاها من المستأجرين، ويعتبر المستأجرون من المستأجر الأول مستأجرين أصليين وليسوا مستأجرين من الباطن[١٩].

---

(١٦) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ بشأن المادة (١)؛ LE TOURNEAU (PH), FISCHER (J) etTRICOIRE (E), Principaux contrats civils et commerciaux, op.cit, p.30 et suiv; AUBERT(j-l), Le contrat, droit privé, connaissance de droit, Dalloz, 1éd, 1996, p.8; MALAURIE (PH), AYNES (I) et GAUTIER (P-Y), Les contrats spéciaux, op.citp.423 er suiv

(١٧) الطعن بالتمييز رقم ١٣٥٥ لسنة ٢٠٠٨ تجاري/٤، جلسة ٢٠١١/٣/١٧، غير منشور.

(١٨) حكم الطعن بالتمييز رقم ٤٩٨ لسنة٢٠٠٧ تجارى ٣، جلسة ٢٠٠٩/٢/١٧، غير منشور.

(١٩) حكم الطعون بالتمييز أرقام ١٦٢، ١٧٧، ١٨٣، ١٨٨/ ٢٠٠٨ تجاري١، جلسة ٢٠١١/٣/١٦، غير منشور.

الحالة الثالثة: إذا وقع العقد على عين وما تحتويه من أموال تفوق في أهميتها العين المؤجرة

يكون عقد الإيجار استثمارياً إذا كانت الأموال التي تشتمل عليها العين المؤجرة تفوق في أهميتها العين ذاتها، ونجد ذلك عادة في إجارة المنشآت التجارية والصناعية، حيث يشمل الإيجار مبنى المتجر أو المصنع وما به من أدوات وآلات وأشياء تطغى أهميتها على أهمية المبنى، فهنا يكون الإيجار وارداً في الواقع على المنشأة وأشيائها بأكملها دون تبعيض لا على المكان الموضوعة فيه، إذ تقل أهميته بجانب ما اشتمل عليه، فعندما يعول في تحديد أجرة المكان على عوامل معنوية ومادية تفوق أهميتها كثيراً أهمية المكان ذاته كالاستفادة من اسم تجاري أو ترخيص أو غير ذلك من الاعتبارات التي يبدو المكان من خلالها شيئاً ثانوياً[٢٠]. ولكن إذا اتضح من ظروف الحال أن الإيجار وارد بصفة أصلية على المكان ذاته، وأن العين المؤجرة تشتمل على بعض العوامل المادية أو المعنوية التي تقل أهميتها عن العين ذاتها، سنكون في هذه الحالة أمام عقد إيجار عادي يخضع لأحكام قانون الإيجارات وليس عقد إيجار استثماري. ومتى ما ثبت للقاضي أن عقد الإيجار الذي أمامه عقد إيجار استثماري، فما هو القانون الواجب التطبيق عليه؟

الفرع الثاني
الأحكام التي يخضع لها عقد الإيجار الاستثماري

يجدر التنويه إلى أنه وبعد أن يثبت للمحكمة أن العقد الذي أمامها عقد إيجار استثماري، عليها تطبيق الأحكام الخاصة بعقود الاستثمار. وقد أشار نص المادة الأولى من المرسوم بالقانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٨ ومذكرته الإيضاحية، على أنه في جميع الحالات الثلاث المذكورة ونظائرها، لا تسري أحكام المرسوم بالقانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٨على العلاقة القائمة بين طرفي العقد إلا فيما يتفقان عليه منها دون مخالفة للنظام العام، وتسري على علاقتهما أحكام قانون التجارة أو غيرها من الأحكام القانونية على حسب الأحوال[٢١].

---

(٢٠) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ بشأن المادة (١)؛
SIMONT(L), Actualités du droit des baux commerciaux dans la jurisprudence récente de la cour de cassation, Actualités de quelques contrats spéciaux, Barreau de Bruxelles, ULB, Bruylant, 2005, p. 31-48.

(٢١) الطعن بالتمييز رقم ٩٢٩ لسنة ٢٠٠٧ تجارى ٣، جلسة ٢٠٠٩/٤/٧، غير منشور.

يتضح من ذلك أن عقود الاستثمار تخضع لأحكام قانون التجارة باعتبارها عقوداً ذات طبيعة تجارية، وعند الرجوع لأحكام عقود الاستثمار في قانون التجارة الكويتي، نجد أن المشرع الكويتي لم ينظمها بنصوص خاصة، وإنما تركها دون تنظيم، وعليه تكون عقود الاستثمار غير منظمة في قانون التجارة الكويتي، ومستبعدة كذلك من تطبيق المرسوم بالقانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٨ بشأن إيجار العقارات.

وقد نصت المادة (٩٦) من قانون التجارة رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠ على أنه "فيما عدا ما نص عليه في هذا الكتاب تسري على الالتزامات والعقود التجارية الأحكام المنصوص عليها في القانون المدني"[(٢٢)]، ونصت المادة (٢) من قانون التجارة على أنه: "مع مراعاة ما نص عليه في المادة (٩٦) تسري على المسائل التجارية قواعد العرف التجاري فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية، ويقدم العرف الخاص أو العرف المحلي على العرف العام". يتضح من نص المادة (٢) و (٩٦) أنه فيما يتعلق بعقد الإيجار الاستثماري تكون الأولية لأحكام قانون التجارة، تليها أحكام القانون المدني، وبما أن قانون التجارة الكويتي قد خلا من نصوص تنظم عقد الاستثمار، فإن أحكام القانون المدني هي التي تكون واجبة التطبيق[(٢٣)].

ولقد نظم القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠ عقد الإيجار في المواد من (٥٦١) إلى (٦٤٨)، فعرفت المادة (٥٦١) من القانون المدني عقد الإيجار على أنه: "عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين لمدة محدودة في مقابله عوض مالي". ويجوز حسب نص المادة (٥٦٤) من القانون المدني أن تكون الأجرة نقوداً كما يجوز أن تكون أي مقابل مالي آخر.

لا شك أنه متى ثبتت أي من الحالات الثلاث التي ذكرناها بشأن اكتساب عقد الإيجار صفة العقد الاستثماري، وانطبق عليها تعريف عقد الإيجار المذكور في المادة

---

(٢٢) أ. د. عبد الفضيل محمد أحمد و د. أحمد حمد الرشود، العقود التجارية وعمليات البنوك في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، الطبعة الثالثة، ٢٠١٩ . ٢٠٢٠، بند ٤، ص ١٢؛ د. يعقوب يوسف صرخوه، العقود التجارية في القانون التجاري الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠، دراسة مقارنة، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٨٦، بند ٣، ص ١١.

(٢٣) د. حسني المصري، القانون التجاري الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية، ١٩٩٥-١٩٩٦، بند ١٩٣، ص ٢٦٩؛

PEDAMON(M) et KENFACK(H), Droit commercial, 3 ème éd, 2011, Dalloz, nº11, p.14.

(٥٦١) من القانون المدني، سنكون أمام عقد إيجار استثماري ينطبق عليه أحكام الإيجار الواردة بالقانون المدني. ولا يعني تطبيق أحكام القانون المدني على عقد الإيجار الاستثماري أنه عقد مدني، وإنما هو عقد تجاري ذو طبيعة خاصة، ولكن بسبب عدم تنظيمه بقانون التجارة لجأنا لأحكام القانون المدني. وهناك الكثير من العقود التجارية التي تحكمها نصوص القانون المدني بسبب عدم تنظيم بعض أحكامها بالقانون التجاري، إذ يكون الاختصاص القضائي في الدعاوى المتعلقة بعقد الإيجار الاستثماري للدائرة التجارية بالمحكمة الكلية. ونرى أن لإرادة الأطراف في عقد الإيجار الاستثماري مساحة واسعة في تنظيم عقدهم، ولكن بشرط عدم مخالفة الأحكام الآمرة في القانون المدني.

لعل من الصواب القول بأنه وبعد أن فرقنا بين عقد الإيجار العادي وعقد الإيجار الاستثماري، هل من الممكن معرفة الأحكام الواجبة التطبيق على كل من العقدين في ما يتعلق بدفع الأجرة والآثار المترتبة على ذلك في ظل تداعيات جائحة فيروس كورونا المستجد (كوفيد-١٩)، وهل ظهور الفيروس والآثار المترتبة عليه يجعل من تنفيذ التزام المستأجر بدفع الأجرة مستحيلاً أم يجعله مرهقاً أم أن تداعيات الفيروس لم تؤثر على التزام المستأجر بدفع الأجرة، وأن التزامه لم يصبح مستحيلاً أو مرهقاً؟ وهل المشرع الكويتي أتى بنصوص خاصة في القوانين المتعلقة بالإيجار العادي والاستثماري تعالج تلك المسألة؟

المبحث الثاني
التكييف القانوني لتداعيات فيروس كورونا المستجد، وأثره على الالتزام بدفع الأجرة

والملاحظ أنه من الممكن أن يتعرض القضاء الكويتي في الفترة المقبلة لسيل من الدعاوى المتعلقة بعقود الإيجار بسبب تداعيات فيروس كورونا المستجد، ولكي يكون حكم المحكمة مبنياً على أسانيد قانونية صحيحة، يجب معرفة الإطار القانوني الذي يحكم الواقعة، فما هو التكييف القانوني المتوقع من المحاكم الكويتية بخصوص تداعيات فيروس كورونا؟ هل سنكون أمام قوة قاهرة **(المطلب الأول)** أم ظروف طارئة **(المطلب الثاني)** أم ظروف خاصة منصوص عليها في القوانين المتعلقة بالإيجار **(المطلب الثالث)**.

المطلب الأول
مدى اعتبار تداعيات فيروس كورونا قوة قاهرة، وأثره على الالتزام بدفع الأجرة

وعلى الرغم من أهمية هذا الموضوع، فقد خلت أحكام قانون الإيجارات بخصوص الإيجار العادي والقانون المدني بخصوص عقد الإيجار الاستثماري من تنظيم قانوني للقوة القاهرة، ولكن الأحكام العامة في العقود في القانون المدني نظمت أحكام القوة القاهرة، فنصت المادة (٢١٥/١) من القانون المدني على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا أصبح تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه، انقضى هذا الالتزام، وانقضت معه الالتزامات المقابلة على الطرف الآخر وانفسخ العقد من تلقاء نفسه". يتضح من هذا التعريف أنه لكي نكون أمام قوة قاهرة[٢٤]

---

(٢٤) TERRE (F), SIMLER (PH) et LEQUETTE (Y), Droit civil, les obligations, 8ème éd, 2002, Dalloz, nº581, p.558 et suiv; VINEY(G) et JOURDAIN (P), Traité de droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin, les conditions de la responsabilité, 2ème éd, 1998, L.G.D.J, nº393 et suiv, p.230 et suiv.

محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات المصادر، ١- العقد - آثار العقد- جزاء الإخلال بالعقد، دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء التوجهات التشريعية والقضائية الحديثة وقانون العقود الفرنسي الجديد ٢٠١٦، ط١، ٢٠١٨، منشورات الحلبي الحقوقية، ص ٢٥٨ وما بعدها؛

هو معيار موضوعي عدم التوقع مطلقاً وليس غير ممكن التوقع من جانب المدين في المسئولية العقدية، انظر: محمد الخضراوي، الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية، الجديد نيوز، ٩مارس ٢٠٢٠، http//www.aljadidnews.

يجب أن تكون تداعيات الفيروس غير متوقعة ولا يمكن دفعها، وتجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وألا يكون المدين هو المتسبب بها. وقد استقر الفقه والقضاء على اعتبار حوادث معينة قوة قاهرة كالحروب والزلازل والبراكين والتقلبات الجوية المفاجئة[٢٥]. أما بخصوص فيروس كورونا المستجد (كوفيد-١٩)، فلا يزال بانتظار التكييف القانوني من محكمة التمييز الكويتية عندما يعرض عليها نزاع يتعلق بأثر تداعيات الفيروس على عقود الإيجار العادية وعقود الإيجار الاستثمارية.

ونرى بأن مسألة تكييف تداعيات الفيروس هل هي قوة قاهرة أم لا يعتمد على عدة أمور، منها، هل توقع المتعاقدان عند إبرام عقد الإيجار العادي أو الاستثماري ظهور الفيروس في دولة الكويت والنتائج التي ترتبت عليه من قرارات صادرة من مجلس الوزراء، وهل كان بالمقدور دفع الآثار المترتبة على هذا الفيروس، وهل الآثار التي ترتبت على هذا الفيروس جعلت من تنفيذ التزام أحد أطراف عقد الإيجار مستحيلاً، وللإجابة عن السؤال الأخير يجب أن نفرق بين المنفعة المبتغاة من عقد الإيجار، هل هي للسكنى أو لممارسة نشاط حرفي أو مهني أو تجاري.

يتضح مما سبق لكي نكون أمام قوة قاهرة يجب أن تكون حادثة الفيروس وما ترتب عليها من قرارات صادرة من مجلس الوزراء لم يتوقعها المتعاقدان وقت إبرام عقد الإيجار، وهذا ينطبق بالتأكيد على عقود الإيجار التي تم إبرامها قبل إعلان منظمة الصحة العالمية أن كوفيد-١٩ جائحة. ولكن يثور الشك بالنسبة لعقود الإيجار التي تم إبرامها بعد إعلان منظمة الصحة العالمية أنها جائحة، حيث نرى بأن تلك العقود يتحقق فيها شرط توقع ظهور الفيروس بدولة الكويت وانتشاره والآثار التي ترتبت على ذلك، من قرارات صادرة من مجلس الوزراء، حيث إن تلك القرارات الصادرة من مجلس الوزراء كان من المتوقع صدورها بدولة الكويت كإجراءات وقائية واحترازية سبق صدورها من عدة دول انتشر بها الفيروس وأولها جمهورية الصين مكان ظهور الفيروس لأول مرة. إذ إن الفيروس والآثار المترتبة عليه كانت متوقعة بشكل كبير بعد إعلان منظمة الصحة العالمية اعتبار فيروس كوفيد-١٩ جائحة، ومن المتوقع بعد هذا الإعلان أن يتطور انتشار الفيروس، مما سيؤدي في المستقبل إلى صدور قرارات جديدة تتعلق بإطالة مدة إغلاق بعض الأنشطة الحرفية والمهنية والتجارية أو زيادة فترة الحظر الجزئي أو فرض حظر كلي أو غيرها من القرارات لمكافحة الفيروس.

---

(٢٥) MALINVAUD (PH), Manuel droit des obligations, op.cit, nº 497, p.356; LANDIVAUX (L), Contrats et coronavirus, un cas de force majeure? Ca dépend, Dalloz, actualité, contrat-responsabilité, 11 mai 2020, p.9.

ومما لا جدال فيه أن ظهور الفيروس بالكويت والآثار التي ترتبت عليه من صدور قرارات من مجلس الوزراء لم يكن أي من طرفي عقد الإيجار متسبباً بها، ولم يكن باستطاعتهما دفعها، فلا يستطيعان وقف انتشار الفيروس أو وقف قرارات مجلس الوزراء. ويبقى أخيراً هل فيروس كوفيد-١٩ والآثار المترتبة عليه من قرارات صادرة من مجلس الوزراء جعلت تنفيذ التزام أحد أطراف عقد الإيجار مستحيلاً؟ وللإجابة عن هذا السؤال يجب أن نفرق بين الإيجار بغرض السكنى والإيجار بغرض ممارسة نشاط حرفي أو مهني أو تجاري.

إذ إن محكمة التمييز الكويتية استطردت في تحديد مفهوم شرط الاستحالة، وذلك بقولها إن: "النص في المادة (٤٣٧) من القانون المدني على أنه: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه" مفاده أن التزام المدين ينقضي إذا طرأ عليه بعد نشوئه ما يجعل تنفيذه مستحيلاً استحالة دائمة ومطلقة بسبب أجنبي عنه كقوة قاهرة أو خطأ الدائن أو فعل الغير، يستوي في ذلك أن تكون الاستحالة فعلية أو قانونية، فإن لم يكن مستحيلاً على المدين تنفيذ التزامه استحالة بالوصف السابق، فإنه ينتفي القول بانقضاء الالتزام حتى ولو كان تنفيذه مرهقاً له، وأن استخلاص استحالة تنفيذ الالتزام بالرد استحالة فعلية أو عدم استحالته من مسائل الواقع التي تدخل في سلطة محكمة الموضوع بغير معقب متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله" [(٢٦)].

فإذا كان الإيجار بغرض السكنى فإن التزام المؤجر بتمكين المستأجر بالانتفاع بالعين المؤجرة ممكناً وليس مستحيلاً، والتزام المستأجر بدفع الأجرة لا يعتبر مستحيلاً لأن طبيعة التزامه تقوم على دفع مبلغ من النقود، حيث قررت محكمة التمييز الكويتية أنه: "إذا كان محل الالتزام أداء مبلغ من النقود، فلا ترد عليه بطبيعته الاستحالة المطلقة بل هو ممكن دائماً" [(٢٧)]، والتزام المستأجر بدفع الأجرة لا يقف، لأن التزام المؤجر بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة لا يزال قائماً ولم يتوقف.

ولكن هل يختلف الأمر لو كان المستأجر لا يستطيع الانتفاع بالعين المؤجرة لوجوده خارج البلاد بسبب القرارات الصادرة من مجلس الوزراء بغلق المطار؟ نرى

---

(٢٦) حكم الطعن بالتمييز رقم ١٠٦٠ / ٢٠٠٦ تجاري /٢، جلسة ٢٠٠٧/١١/١١، غير منشور.

(٢٧) حكم الطعن بالتمييز رقم ٣٤٣ لسنة ٢٠٠٦ تجاري/٢، جلسة ٢٠٠٧/٦/١٧، غير منشور؛ حكم الطعن بالتمييز رقم ١٠٦٠ / ٢٠٠٦ تجاري /٢، جلسة ٢٠٠٧/١١/١١، غير منشور؛ LE TOURNEAU (PH),FISCHER (J) et TRICOIRE (E), Principaux contrats civils et commerciaux, op.cit, p.33.

في ذلك أن انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة لا يزال قائماً، وذلك بسبب وجود أمتعته في العين المؤجرة، إذ إن الكثير من المستأجرين يقومون بالسفر خلال فترة الصيف لفترة طويلة تمتد لثلاثة أشهر أو أكثر، فهل يعني ذلك أن المستأجر لا ينتفع بالعين المؤجرة؟ بالتأكيد لا، إذ إن التزام المؤجر في عقد الإيجار بغرض السكنى لا يعتبر مستحيلاً، لأنه يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، والمسافر ينتفع فعلاً من خلال وجود كل ما يتعلق به في العين المؤجرة[٢٨].

ونرى أيضاً بوجوب دفع الأجرة من المستأجر في حال ما إذا كان المستأجر عاملاً توقف رب العمل عن دفع أجره أو أنقصه؛ لأنها تعتبر ظروفاً شخصية يمر بها العامل في نزاع بينه وبين رب العمل بسبب تداعيات فيروس كوفيد-١٩، ونرى أن لا علاقة بين الأجرة التي يدفعها المستأجر للمؤجر والأجر الذي يتقاضاه من رب العمل، وإنما الأجرة مرتبطة بالانتفاع بالعين المؤجرة، ويمكن للمستأجر أن يدفع الأجرة من مصادر مالية أخرى يحتفظ بها أو يجنيها من أعمال أخرى، ولكي يثبت حق المستأجر بعدم دفع الأجرة، يجب أن يكون عدم الدفع راجعاً لسبب مباشر يعود لعدم انتفاعه بالعين المؤجرة؛ لذلك لا يعتبر في هذه الحالة أن التزام المستأجر بدفع الأجرة مستحيلاً، لأن طبيعة التزامه تقوم على دفع مبلغ من النقود.

أما إذا كان الغرض من الإيجار ممارسة نشاط حرفي أو مهني أو تجاري فإن الأمر يختلف بحسب القرارات الصادرة من مجلس الوزراء، فإذا كان القرار يتعلق بالإغلاق الكلي لبعض الأنشطة الحرفية أو المهنية أو التجارية مع عدم السماح بالبيع من خلال التطبيقات الإلكترونية أو العادية وعدم السماح بتوصيل الطلبات للمنازل، فإن ذلك لا يعد من قبيل القوة القاهرة؛ لأن عقود الإيجار من العقود الزمنية المستمرة كما ذكرنا في مقدمة البحث، والاستحالة في تلك الحالة ليست دائمة وإنما مؤقتة، فلا نكون أما قوة قاهرة تجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة دائمة؛ لأن التزامات طرفي عقد الإيجار تتوقف بسبب صدور قرار الإغلاق الكلي، وتعود سريانها بعد صدور قرار من مجلس الوزراء بإعادة فتح تلك الأنشطة، والتزام المستأجر بدفع الأجرة في هذه الحالة سيقف مؤقتاً إلى أن يستطيع المؤجر تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين

---

(٢٨) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٦، الإيجار والعارية، دون س ط، ٢٠٠٤، ص ١٣٠ وما بعدها؛ للمزيد نحو هذا الموضوع انظر هذا المرجع والأحكام الغزيرة بهذا الشأن: السيد خلف محمد، انتهاء عقد الإيجار، "لانتهاء مدة إقامة المستأجر الأجنبي بالبلاد وإقامة مبنى يتكون من أكثر من ثلاث وحدات في ضوء الفقه وأحكام النقض الحديثة، ط١، ٢٠٠٠، دار الكتب القانونية، مصر.

المؤجرة بعد صدور قرار بإعادة فتح تلك الأنشطة. وما يؤكد رأينا، ما ذهبت إليه محكمة التمييز الكويتية في أن: "مفاد نص المادة (٢١٥) من القانون المدني أنه في الالتزامات العقدية التي روعيت فيها المدة إذا حدثت قوة قاهرة جعلت تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة فعلية أو قانونية طوال الوقت الواجب التنفيذ فيه فإن الالتزام ينقضي بهذه الاستحالة، أي أنه يشترط في القوة القاهرة التي ينقضي بها الالتزام أن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة، أما إذا كانت هذه الاستحالة مؤقتة وزالت بعد حلول ميعاد التنفيذ في وقت يكون فيه تنفيذ الالتزام غير متعارض مع الغرض الذي من أجله وجد الالتزام، فإن هذه الاستحالة المؤقتة لا ينقضي بها الالتزام وإنما يقتصر أثرها على وقفه إلى أن يصبح قابلاً للتنفيذ بزوال هذا الطارئ، وتستأنف الالتزامات المؤجلة سيرها فلا يكون لذلك الطارئ من أثر على قيام العقد الذي يبقى شريعة المتعاقدين الذي يحكم العلاقة بين أطرافه"[٢٩]. ونجد أن هذا الحكم يمكن إسقاطه على الفرضية التي طرحناها، ذلك أن عقد الإيجار من العقود الزمنية التي روعيت فيها المدة، وأن الاستحالة في الفرضية التي قمنا بطرحها هي استحالة مؤقته وليست دائمة.

وعلى الرغم من أن التزام المدين المستأجر بدفع مبلغ من النقود لا يعتبر مستحيلاً[٣٠]، إلا أن التزام المستأجر يقف مؤقتاً بسبب توقف التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة بسبب قرار مجلس الوزراء بإغلاق تلك الأنشطة. وقد أكدت محكمة التمييز الكويتية هذا الحل، في أن القيمة الإيجارية تعد عوضاً عن استخدام المستأجر للمأجور والانتفاع به، فإذا أصبح الانتفاع به مستحيلاً توقف التزام المستأجر عن دفع القيمة الإيجارية[٣١].

أما إذا كان قرار الإغلاق الكلي للنشاط الحرفي أو المهني أو التجاري يتضمن السماح لتلك الأنشطة بالبيع من خلال التطبيقات الإلكترونية أو العادية والسماح بتوصيل الطلبات للمنازل، أو كان قرار الإغلاق جزئياً خلال فترة الحظر الجزئي فقط، ففي تلك الحالات لا يعتبر انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة مستحيلاً، والمؤجر لا يزال يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ولو بشكل جزئي، وهذا ما يحدث

(٢٩) الطعنان بالتمييز رقما ١٣٨، ١٣٩ / ٢٠٠٨ عمالي/٣، جلسة ٢٠١٠/٥/١٩، غير منشور؛ حكم الطعن بالتمييز رقم ٣٤٣ لسنة ٢٠٠٦ تجاري/٢، جلسة٢٠٠٧/٦/١٧، غير منشور.

(٣٠) حكم الطعن بالتمييز رقم ٣٤٣ لسنة ٢٠٠٦ تجاري/٢، جلسة ٢٠٠٧/٦/١٧، غير منشور؛ حكم الطعن بالتمييز رقم ١٠٦٠ / ٢٠٠٦ تجاري /٢، جلسة ٢٠٠٧/١١/١١، غير منشور.

(٣١) الطعنان بالتمييز رقما ٢٥٤، ٢٥٧/ ٢٠٠٩ تجاري٣، جلسة ٢٠١١/١/١٨، غير منشور.

عندما تكون طبيعة نشاط المستأجر تسمح له بالانتفاع بالعين المؤجرة من خلال توصيل الطلبات. كذلك يعتبر المستأجر منتفعاً ولو بشكل جزئي، إذا ما تم السماح للمستأجر صاحب النشاط الحرفي أو المهني أو التجاري بالعمل اليومي خلال فترة زوال الحظر فقط. ونرى مما سبق عدم انطباق أحكام القوة القاهرة على الحالة السابقة لعدم وجود استحالة دائمة مطلقة بالنسبة للكافة، لأن المستأجر لا يزال ينتفع ولو بشكل جزئي[٣٢]. وقد أكدت محكمة التمييز الكويتية على ذلك، بقولها إن: "مفاد المادة (٤٣٧) من القانون المدني أنه يشترط لانقضاء الالتزام بعد نشوئه أن يثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً بسبب أجنبي لا يد له فيه، ويجعل تنفيذه مستحيلاً استحالة دائمة مطلقة بالنسبة للكافة وليس بالنسبة للبعض دون البعض الآخر، فإن لم يكن من المستحيل على المدين تنفيذ التزامه استحالة مطلقة بالوصف السابق، فإنه ينتفي القول بانقضاء الالتزام حتى ولو كان تنفيذه مرهقاً له"[٣٣]. فما هو الحل عندما يصبح التزام المستأجر بدفع الأجرة ليس مستحيلاً بل مرهقاً له، بسبب عدم انتفاعه الكامل بالعين المؤجرة[٣٤]، فما مصير التزام المستأجر بدفع الأجرة في تلك الحالة؟

المطلب الثاني

مدى اعتبار تداعيات فيروس كورونا ظروفاً طارئة، وأثره على الالتزام بدفع الأجرة

خلت أحكام قانون الإيجارات بخصوص الإيجار العادي والقانون المدني بخصوص عقد الإيجار الاستثماري عن تنظيم قانوني للظروف الطارئة، ولكن الأحكام العامة في العقود في القانون المدني نظمت أحكام الظروف الطارئة، إذ نصت المادة (١٩٨) من القانون المدني على أنه: "إذا طرأت، بعد العقد وقبل تمام تنفيذه، ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشئ عنه، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام

---

(٣٢) في ذلك انظر: محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات المصادر، ١- العقد - آثار العقد - جزاء الإخلال بالعقد، المرجع السابق ص ٢٦٢.

(٣٣) حكم الطعن بالتمييز رقم ٣٤٣ لسنة ٢٠٠٦ تجاري/٢، جلسة ٢٠٠٧/٦/١٧، غير منشور.

(٣٤) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٦، المرجع السابق، ص ٣٠١ وما بعدها؛ السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص ١٥٩ وما بعدها.

المرهق إلى الحد المعقول، بأن يضيق من مداه أو يزيد في مقابله، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك". يتضح من هذا التعريف، أنه لكي نكون أمام ظروف طارئة(٣٥) يجب أن تكون تداعيات فيروس كورونا غير متوقعة ولا يمكن دفعها وتجعل من تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، وألا يكون للمدين يد بذلك(٣٦).

وقد قررت محكمة التمييز الكويتية أن: "مؤدى نص المادة (١٩٨) من القانون المدني- وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لهذا القانون- أنه إذا حدث بعد انعقاد العقد، وقبل تمام تنفيذ الالتزام الناشئ عنه، إن وقعت نازلة استثنائية عامة لم تكن في الحسبان ولم يكن في الوسع توقعها عند التعاقد، وكان من شأن هذه النازلة أن أصبح تنفيذ الالتزام، وإن ظل ممكناً، شديد الإرهاق بالمدين، بحيث يهدد بخسارة فادحة، فإنه يجوز للقاضي، بناءً على طلب المدين، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وتقدير ما إذا كان الحادث الاستثنائي متوقعاً أو غير متوقع، ومدى تأثيره على الصفقة المتنازع عليها، واذا كان تنفيذ الالتزام أضحى مرهقاً بحيث يهدد الملتزم بخسارة فادحة، هو مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع التقديرية" (٣٧).

ونلاحظ من نص المادة (١٩٨) و (٢١٥) من القانون المدني أن الظروف الطارئة والقوة القاهرة يشتركان في شرطين، بأن يكون السبب الذي أثر على الالتزام غير متوقع ولا يمكن دفعه، ويختلفان في كون القوة القاهرة تجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلاً(٣٨)، بينما تجعل الظروف الطارئة من تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين.

ولقد تطرقنا في المطلب السابق عند الحديث عن القوة القاهرة لشرط عدم التوقع وشرط عدم إمكانية دفع الآثار المترتبة على تداعيات الفيروس، فنحيل لما سبق

(٣٥) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، العقد - العمل غير المشروع - الإثراء بلا سبب - القانون، ٢٠٠٤، ص ٥١٣ وما بعدها؛ عبد الرسول عبد الرضا، جمال فاخر النكاس، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول: مصادر الالتزام والإثبات، ج١: المصادر الإرادية ج٢: المصادر غير الإرادية ج٣: الإثبات، ط٤، ٢٠١٤-٢٠١٥، مؤسسة دار الكتب، الكويت ص ١٦٧ وما بعدها؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية الالتزام، ١- المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة (التصرف القانوني)، ط١، ١٩٩٥، مطبوعات جامعة الكويت، ص ٢٧٩ وما بعدها.

(٣٦) محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ٧٠.

(٣٧) حكم الطعون بالتمييز أرقام: ١١٨٠، ١١٨٢، ١٢٠٨ لسنة ٢٠١٤ تجاري /٢، جلسة ٢٠١٥/٢/١، غير منشور.

(٣٨) VINEY (G) et JOURDAIN (P), Traité de droit civil, op.cit, nº396, p.235.

ذكره بخصوص هذين الشرطين. ويبقى الشرط الأخير، فإن تحقق نكون أمام ظروف طارئة. فهل تداعيات فيروس كوفيد-١٩ من قرارات صادرة من مجلس الوزراء جعلت تنفيذ المستأجر لالتزامه بدفع الأجرة مرهقاً له؟ ولكي نجيب عن هذا السؤال يجب أن نفرق بين الإيجار بغرض السكنى والإيجار بغرض ممارسة نشاط حرفي أو مهني أو تجاري.

فإذا كان الإيجار بغرض السكنى، فإن التزام المستأجر بدفع الأجرة في ظل تداعيات فيروس كوفيد-١٩ لا يعتبر مرهقاً له؛ لأن التزامه بدفع الأجرة غير مرتبط بأموال يجنيها من استغلاله للعين المؤجرة، فهو يستغل العين المؤجرة للسكن ووضع أمتعته بها، والمؤجر يمكنه من الانتفاع بالعين المؤجرة، فإذا كان التزام المستأجر بدفع الأجرة مرهقاً له بسبب ظروف شخصية غير متعلقة بعقد الإيجار، فإن هذا الإرهاق لا يعول عليه في تحقق أحد شروط الظروف الطارئة.

فإذا كان المستأجر عاملاً وأصبح دفع الأجرة مرهقاً له بسبب نزاع بينه وبين رب العمل على أحقيته في الحصول على أجره من عدمه في ظل تداعيات فيروس كوفيد-١٩، فإن هذا الالتزام المرهق الذي يشعر به المستأجر عند دفع الأجرة بسبب عدم تقاضيه أجره من رب العمل لا يعول عليه في تحقق شرط من شروط الظروف الطارئة؛ لأن المؤجر يمكن المستأجر من الانتفاع الكامل بالعين المؤجرة، وأجرة العين غير مرتبطة بحصول العامل على أجره من رب العمل، حيث من الممكن أن يدفعها المستأجر من مصادر مالية أخرى يجنيها من أعمال أخرى. وقد ذهبت محكمة التمييز الكويتية إلى ما ذهبنا إليه، في أن "تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول رخصة يجب لاستعمالها تحقق شروط معينة أهمها شرط الإرهاق المهدد بخسارة فادحة. ومناط هذا الإرهاق الاعتبارات الموضوعية لا الظروف المتعلقة بشخص المدين"[٣٩]. وكذلك الأمر في حالة سفر المستأجر وعدم قدرته على العودة بسبب غلق المطارات، فإن المستأجر لا يزال ينتفع بالعين المؤجرة بسبب وجود أمتعته فيها[٤٠].

---

(٣٩) أحكم الطعن بالتمييز أرقم ٢٠٣، ٢٠١٠، ٣٣٢، ٣٥٦ لسنة ٢٠١٢ تجاري/٣، جلسة ٢٠١٥/١٠/٢٧، غير منشور؛

PICOD (Y), L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, Le juge et l'exécution du contrat, Colloque I.D.A.Aix-en-provence, 28 mai 1993, Université d'Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, p.63 et suiv.

(٤٠) LE TOURNEAU (PH), FISCHER (J) etTRICOIRE(E), Principaux contrats civils et commerciaux, p.43-45.

يتضح مما سبق أن في الإيجار بغرض السكنى في ظل تداعيات فيروس كوفيد-١٩ يبقى التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة غير منقوص، ويبقى التزام المستأجر بدفع الأجرة غير مرهق له، وإن كان هناك إرهاق بدفع الأجرة، فإن هذا الإرهاق غير مرتبط بانتفاعه بالعين المؤجرة التي لا يزال ينتفع بها بشكل كامل(٤١). ولا يقف أيضاً التزام المستأجر بدفع الأجرة؛ لأن التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة لا يزال قائماً.

أما إذا كان الغرض من الإيجار ممارسة نشاط حرفي أو مهني أو تجاري فإن الأمر يختلف بحسب القرارات الصادرة من مجلس الوزراء، فإذا كان القرار يتعلق بالإغلاق الكلي لبعض الأنشطة الحرفية أو المهنية أو التجارية، مع عدم السماح بالبيع من خلال التطبيقات الإلكترونية أو العادية وعدم السماح بتوصيل الطلبات للمنازل، ففي تلك الحالات لا نكون أمام نقص في الانتفاع في العين المؤجرة، وإنما نكون أمام عدم انتفاع مطلق بالعين المؤجرة؛ لأن المؤجر لا يستطيع تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة بسبب قرارات مجلس الوزراء، وعليه نرى بأن الأمر في هذه الفرضية لا يتعلق بالبحث في نص المادة (١٩٨) من القانون المدني، لأن البحث في هذه النص يحتاج إلى وجود انتفاع بالعين المؤجرة ولو كان جزئياً لمعرفة درجة الإرهاق في دفع الأجرة. وخير دليل على عدم انطباق نص المادة (١٩٨) من القانون المدني على الفرضية المطروحة، أنه في حالة وجود التزام مرهق على المستأجر بدفع الأجرة، فإنه يجوز للقاضي بناء على نص المادة (١٩٨) أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بأن يضيق من مداه أو يزيد في مقابله، وهنا يحتاج القاضي من أجل ذلك إلى أن يعرف نسبة ما ينتفع به المستأجر بالعين المؤجرة وما يدفعه المستأجر من أجرة، لكي يرد الالتزام المرهق إلى الحد الذي يقارب نسبة ما ينتفع به المستأجر بالعين المؤجرة، وهذا الأمر غير ممكن للقاضي في هذه الفرضية؛ لأنه لا توجد نسبة انتفاع بالعين المؤجرة كي يرد القاضي الالتزام المرهق إلى الحد الذي يقارب نسبة ما ينتفع به المستأجر بالعين المؤجرة. ونرى أن المشرع الكويتي لم يقصد من نص المادة (١٩٨) الحالات التي تصل نسبة الانتفاع بالعين المؤجرة فيها إلى الصفر.

أما إذا كان قرار الإغلاق الكلي للنشاط الحرفي أو المهني أو التجاري يتضمن

---

(٤١) توضيحاً لذلك انظر: سيد حسن البغال، المطول في شرح الصيغ القانونية للدعاوى والأوراق القضائية، تشريع - فقه - قضاء، مج ٤ في الالتزامات، ط١، ١٩٩٢، عالم الكتب، القاهرة، ص ٢٦٦.

السماح لتلك الأنشطة بالبيع من خلال التطبيقات الإلكترونية أو العادية والسماح بتوصيل الطلبات للمنازل، أو كان قرار الإغلاق جزئياً خلال فترة الحظر الجزئي فقط، فإن نص المادة (١٩٨) من القانون المدني ينطبق على تلك الحالات، وذلك لوجود انتفاع بالعين المؤجرة، ولو كان هذا الانتفاع جزئياً وغير كامل؛ لأن المستأجر في تلك الحالات من الممكن أن يتأثر دخله من النشاط الذي يمارسه من خلال العين المؤجرة، إذ إنه يدفع أجور العاملين لديه من دون إيرادات تمكنه من ذلك، مما يؤدي إلى أن يكون التزامه بدفع الأجرة مرهقاً له، ولكنه في الوقت نفسه غير مستحيل.

لذلك نرى في هذه الفرضية أن المؤجر يستحق الأجرة بحدود ما ينتفع به المستأجر بالعين المؤجرة[٤٢]، والقاضي يحدد مقدار الأجرة في هذه الحالة، من خلال معرفة مدى تأثير النقص في الانتفاع على درجة إرهاق المستأجر بدفع الأجرة.

ويعطي نص المادة (١٩٨) من القانون المدني للقاضي، بعد الموازنة بين مصلحة المؤجر والمستأجر، السلطة بأن يرد التزام المستأجر المرهق إلى الحد المعقول، بأن يضيق من مداه من خلال إنقاص الأجرة، أو يزيد في مقابله من خلال زيادة مدة انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة. ونرى أن الحل الذي يكون بإنقاص الأجرة هو الذي يتناسب مع طبيعة عقد الإيجار، وهو الحل الذي يبتغيه المستأجر للتخفيف من أعبائه المالية، والعودة لممارسة نشاطه من جديد.

ولا يعني ما ذكرناه بخصوص انطباق نص المادة (١٩٨) على الفرضية المطروحة أن القاضي سيحكم تلقائياً بإنقاص الأجرة لمجرد وجود انتفاع منقوص بالعين المؤجرة؛ ذلك أن نص المادة (١٩٨) يتحدث عن حالة وجود التزام مرهق على المدين بدفع الأجرة ويهدده بخسارة فادحة، فليس كل انتفاع غير كامل بالعين المؤجرة يؤدي إلى إرهاق المدين بدفع الأجرة ويهدده بخسارة فادحة.

وفي الواقع العملي يوجد الكثير من الأنشطة التي تم إغلاقها كلياً مع السماح لها بالبيع عن طريق الوسائل الإلكترونية، نفذت كميات السلع لديها، وحققت أرباحاً لم تكسبها بالأيام العادية. ونرى أنه لا يوجد في تلك الحالة والحالات المماثلة إرهاق للمدين بدفع الأجرة، ولا توجد خسائر فادحة يتكبدها، بل على العكس توجد أرباح طائلة لم يكسبها من قبل. كذلك الأمر بالنسبة لأصحاب المطاعم الذين لم يتأثروا بتلك القرارات، من خلال انتفاعهم بالعين المؤجرة في الطبخ والتخزين وتوصيل الطلبات.

(٤٢) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٦، المرجع السابق، ص ٤٦٠ وما بعدها.

ولكن الأمر يختلف بالنسبة لأصحاب الأنشطة الحرفية والمهنية الذين تأثر انتفاعهم بالعين المؤجرة بسبب تلك القرارات، لأنهم يحتاجون لعدد ساعات طويلة في اليوم لينجزوا أعمالهم من خلال العمل في المكان المؤجر، مما أدى إلى أن أصبح التزامهم بدفع الأجرة مرهقاً لهم ويهددهم بخسارة فادحة[٤٣].

وعليه يمكن القول، إنه يجب على القاضي في الفرضية الأخيرة أن ينظر كل حالة على حدة، ويرى مدى اعتبار التزام المدين بدفع الأجرة مرهقاً له ويهدده بخسارة فادحة[٤٤]. وعلى المستأجر متى ما أراد أن يحكم له بإنقاص الأجرة أن يثبت أن التزامه بدفع الأجرة أصبح مرهقاً له ويهدده بخسارة فادحة، وأن ذلك الإرهاق بسبب انتفاعه الجزئي وغير الكامل بالعين المؤجرة، ويجب أن يكون ذلك بناء على أدلة مدعمة بالأوراق لا على أقوال مرسلة لا سند لها، وتقوم محكمة الموضوع بالتحقق من ذلك[٤٥].

يتضح مما سبق أن المادة (١٩٨) من القانون المدني والمتعلقة بالظروف الطارئة لا تربط إنقاص الأجرة بدرجة انتقاص المنفعة[٤٦]، وإنما تربط إنقاص الأجرة بدرجة إرهاق المستأجر في دفعها، فهل هناك نصوص خاصة بعقد الإيجار سواء العادي أو الاستثماري تربط إنقاص الأجرة بدرجة انتقاص المنفعة، دون النظر إلى درجة إرهاق المستأجر في دفع الأجرة، وهل نظمت أحكام قانون الإيجارات بخصوص الإيجار العادي وأحكام القانون المدني بخصوص الإيجار الاستثماري الإطار القانوني لتداعيات فيروس كوفيد-١٩ على التزام المستأجر بدفع الأجرة، أي هل سنكون أمام نصوص خاصة تستبعد تطبيق أحكام القوة القاهرة أو أحكام الظروف الطارئة.

---

(٤٣) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٥١٦؛ عبد الرسول عبد الرضا، جمال فاخر النكاس، مرجع سابق، ص ١٧٠.

(٤٤) محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص٧٣.

(٤٥) حكم الطعون بالتمييز أرقام: ١١٨٠،١١٨٢،١٢٠٨ لسنة ٢٠١٤ تجاري /٢، جلسة ٢/١/ ٢٠١٥، غير منشور.

(٤٦) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٥١٥؛ عبد الرسول عبد الرضا، جمال فاخر النكاس، مرجع سابق، ١٦٩.

المطلب الثالث
مدى اعتبار تداعيات فيروس كورونا ظروفاً خاصة، وأثره على الالتزام بدفع الأجرة

نظمت الأحكام الخاصة بعقد الإيجار العادي وعقد الإيجار الاستثماري الكثير من المسائل التي تضمن حق كل من المؤجر والمستأجر، فهل وضع المشرع الكويتي في تلك الأحكام الإطار القانوني الذي ينظم تداعيات فيروس كوفيد-١٩ على التزام المستأجر بدفع الأجرة، أي هل هناك ظرف خاص منصوص عليه في تلك الأحكام؟

ويتجلى لنا، عند الرجوع إلى القانون الخاص بالإيجارات، عدم وجود ما يتناول تأثير القرارات الصادرة من السلطة العامة على التزام المستأجر بدفع الأجرة في عقود الإيجار العادية، ولكن وجدنا ما يعالج هذه المسألة في النصوص المتعلقة بالإيجار في القانون المدني التي تنظم عقود الإيجار الاستثمارية، فنصوص القانون المدني الخاصة بالإيجار تحكم كذلك عقود الإيجار العادية في حالة عدم وجود نص ينظم مسألة معينة في قانون الإيجارات. ولقد نصت المادة (١/٥٨١) من القانون المدني بهذا الشأن على أنه: "إذا ترتب على عمل صدر من السلطة العامة في حدود القانون نقص كبير في انتفاع المستأجر، جاز له أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة، ما لم يكن عمل السلطة لسبب يعزى إليه". يتضح مما سبق أن هذا النص واجب التطبيق على كل من الإيجار العادي والإيجار الاستثماري(٤٧).

ومن المفيد أن نحدد هنا بأن نص المادة (١/٥٨١) ليس له علاقة بنظرية الظروف الطارئة الواردة بنص المادة (١٩٨) من القانون المدني، ولا يعتبر تطبيقاً خاصاً لها، وإنما هو حكم خاص يتعلق بتأثير أعمال السلطة العامة على التزام المستأجر بدفع الأجرة؛ ذلك أن نص المادة (١/٥٨١) لم يشترط أن يكون عمل السلطة العامة غير متوقع وقت إبرام عقد الإيجار، ولم يشترط أن يكون تنفيذ التزام المدين بدفع الأجرة مرهقاً له ويهدده بخسارة فادحة(٤٨). وكذلك يختلف هذا النص عن نظرية الظروف الطارئة في الأثر المترتب على دفع الأجرة بسبب الأعمال الصادرة

---

(٤٧) LE TOURNEAU (PH), FISCHER (J) et TRICOIRE (E), Principaux contrats civils et commerciaux, op.cit, p.61 et suiv;

أحمد السعيد الزقرد وفايز عبد الله الكندري، مرجع سابق، ص ١٦٩.

(٤٨) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٦، المرجع السابق، ص ٨٦١-٨٦٧؛ بدر جاسم اليعقوب، مرجع سابق، ص٢٤٩ وما بعدها.

من السلطة العامة، ففي الظروف الطارئة يكون الأثر في أنه يجوز للقاضي أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بأن يضيق من مداه أو يزيد في مقابله، بينما الأثر في نص المادة (١/٥٨١) أنه يجوز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة. ويختلف الأمر بينهما كذلك في أن أحكام الظروف الطارئة الواردة بنص المادة (١٩٨) من القانون المدني لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وإلا كان الاتفاق باطلاً، أما الأحكام الواردة بنص المادة (١/٥٨١) من القانون المدني يجوز الاتفاق على مخالفتها. ومع ذلك يشترك نص المادة (١/٥٨١) مع نظرية الظروف الطارئة بأن عمل السلطة العامة وما يصدر منها من قرارات من الممكن أن يؤثر على انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، مما يؤدي إلى حق المستأجر بطلب إنقاص الأجرة.

ومن الواضح لنا أن نص المادة (١/٥٨١) من القانون المدني أخرج أعمال السلطة العامة التي تؤثر على التزام المستأجر بدفع الأجرة من تطبيق الأحكام العامة للظروف الطارئة الواردة بنص المادة (١٩٨) من القانون المدني، ووضع لها تنظيماً خاصاً يحمي المستأجر في حالة وجود نقص كبير في انتفاعه بالعين المؤجرة بسبب أعمال السلطة العامة[٤٩].

ولو أردنا تطبيق نص المادة (١/٥٨١) من القانون المدني على أثر القرارات الصادرة من مجلس الوزراء على التزام المستأجر بدفع الأجرة في عقود الإيجار بغرض السكنى، لوجدنا عدم إمكانية تطبيق هذا النص على تلك العقود؛ لأن انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة في تلك العقود لا يعتبر منقوصاً في ظل وجود تلك القرارات، إذ إن المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة، ولا يوجد نقص كبير في انتفاعه بالعين، ولو تعلق الأمر بوجود المستأجر خارج البلاد وعدم قدرته على الرجوع إلى الكويت بسبب غلق المطارات؛ لأن انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة لا يزال قائماً بسبب وجود أمتعته في العين المؤجرة، وهو بذلك حابس للعين، ولا يوجد في هذه الحالة نقص كبير في انتفاعه بالعين المؤجرة.

ومع ذلك يجوز للمستأجر بناء على نص المادة (٦١٠) من القانون المدني إذا ما حدثت له ظروف شخصية غير متوقعة من شأنها أن تجعل استمرار الإيجار مرهقاً له أن يطلب من المحكمة إنهاء عقد الإيجار، كأن يكون عاملاً توقف رب العمل عن دفع أجره، وليس له وسيلة أخرى غير أجره في دفع أجرة العين المؤجرة، إذ فضل ترك

(٤٩) بدر جاسم اليعقوب، مرجع سابق، ص ٢٤٩-٢٥١.

العين المؤجرة، والسكن لدى أقاربه، حيث نصت المادة (٦١٠) على أنه: "١- إذا حدث لأحد طرفي العقد ظروف غير متوقعة من شأنها أن تجعل استمرار الإيجار مرهقاً له، جاز للقاضي بناء على طلبه، وبعد الموازنة بين مصالح الطرفين، إنهاء الإيجار مع تعويض الطرف الآخر تعويضاً عادلاً. ٢- فإذا كان المؤجر هو الذي يطلب إنهاء العقد فلا يجبر المستأجر على رد المأجور حتى يستوفي التعويض أو يحصل على تأمين كاف". وقد استطردت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني في شرح نص المادة (٦١٠) بقولها: "إن المشرع لم يشترط في الظروف التي تجد للمستأجر أو المؤجر بعد إبرام الإيجار، سوى أن تكون ظروفاً غير متوقعة، تجعل استمرار الإيجار مرهقاً له". وعلى ذلك يعتد بالعذر الطارئ حتى لو كان عذراً شخصياً مقصوراً على طرف العقد دون غيره من الناس، ولا يشترط أن تكون هذه الظروف عامة، فيكفي أن يجعل العذر الطارئ تنفيذ الإيجار مرهقاً لا مستحيلاً[٥٠].

أما إذا كان الغرض من الإيجار ممارسة نشاط حرفي أو مهني أو تجاري فإن الأمر يختلف بحسب القرارات الصادرة من مجلس الوزراء، فإذا كان القرار يتعلق بالإغلاق الكلي لبعض الأنشطة الحرفية أو المهنية أو التجارية، مع عدم السماح بالبيع من خلال التطبيقات الإلكترونية أو العادية وعدم السماح بتوصيل الطلبات للمنازل، فإننا نرى عدم انطباق نص المادة (١/٥٨١) من القانون المدني على تلك الحالات، لأن هذا النص يشترط وجود نقص كبير في الانتقاع بالعين المؤجرة بسبب صدور قرارات من السلطة العامة، وفي تلك الحالات لا يوجد نقص في الانتفاع وإنما يوجد عدم انتفاع مطلق.

وإذا كان الأمر كذلك، إلا أننا وجدنا أن أحكام محكمة التمييز الكويتية ذهبت إلى عكس ما ذهبنا إليه، وأسندت حكمها إلى نص المادة (١/٥٨١) من القانون المدني في إعفاء المستأجر من دفع كامل الأجرة إذا ترتب على أعمال السلطة العامة حرمان المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة بشكل مطلق. إذ قررت في حكمها أن: "النص في المادة (٥٨١) من القانون المدني على أنه: "إذا ترتب على عمل صدر من السلطة العامة في حدود القانون نقص كبير في انتفاع المستأجر جاز له أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة ما لم يكن عمل السلطة لسبب يعزى إليه .... وكل ما سبق ما لم

(٥٠) بدر جاسم اليعقوب، مرجع سابق، ص ٤٤١ وما بعدها؛ السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص ٢٣٥- ٢٤٤؛ أحمد السعيد الزقرد وفايز عبد الله الكندري، مرجع سابق، ص ٢٧٤ وما بعدها.

يقضي الاتفاق بغيره" مؤداه وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لذات القانون أن الأعمال الصادرة من السلطات العامة ومنها القرارات الصادرة من جهة الإدارة والتي يترتب عليها حرمان المستأجر من انتفاعه بالمأجور أو الإخلال بالانتفاع به تعتبر من قبيل القوة القاهرة التي لا يكون المؤجر ملتزماً بضمانها ولكنه يتحمل تبعتها، فيكون للمستأجر تبعاً لجسامة الإخلال بالانتفاع أن يطلب فسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة، ولكن بشرط ألا يكون عمل السلطة ناجماً عن عمل يعزى إلى المستأجر، أو أن يكون عدم انتفاع المستأجر بالعين راجعاً إلى خطئه أو إلى سبب يتعلق بشخصه، أو نتيجة استعماله العين بالمخالفة لشروط عقد الإيجار، وكل ذلك ما لم يتم الاتفاق بين الطرفين على غيره، وأنه من المقرر أيضاً أن الأجرة تكون مقابل الانتفاع بالمأجور وتستحق باستيفاء المنفعة أو بإمكان استيفائها، فإن زالت المنفعة أو اختلت سقطت الأجرة أو أنقصت"[٥١].

نستطيع أن نستخلص من الحكم السابق وأحكام مشابهة له لمحكمة التمييز الكويتية[٥٢] أن محكمة التمييز أسندت أحد أسباب حكمها على ما جاء بالمذكرة الإيضاحية من شرح لنص المادة (١/٥٨١) من القانون المدني في أنه ينطبق كذلك في حالة حرمان المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة. ومع ذلك نؤكد على رأينا في أن الحرمان من الانتفاع لم تتناوله المادة (١/٥٨١) من القانون المدني، ومن ثم لا يجوز الاستناد عليه كأحد أسباب الحكم بإسقاط كامل الأجرة، فالمشرع الكويتي لم يوفق في شرح تلك المادة في المذكرة الإيضاحية؛ ذلك أن نص المادة (١/٥٨١) يتعلق بالحالة التي يكون فيها الانتفاع بالعين المؤجرة منقوصاً إلى درجة كبيرة، ولم يتناول هذا النص الحالة التي يكون فيها انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة معدوماً، أي أن حكم الحرمان من الانتفاع بالعين المؤجرة لا يتناوله نص المادة (١/٥٨١). ولو كان هذا النص يشمل الحرمان من الانتفاع بالعين المؤجرة لكان الأثر المترتب على ذلك حق المستأجر في طلب إعفائه من دفع الأجرة عن فترة الحرمان من الانتفاع، ولكن هذا الطلب لا يملكه المستأجر حسب نص المادة (١/٥٨١)، وله فقط طلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة؛ لذلك نجد أن محكمة التمييز بالحكم السابق تسند رأيها إلى سبب آخر في إسقاط الأجرة بالإضافة إلى السبب الذي يتعلق بالمادة (١/٥٨١)

---

(٥١) حكم الطعن بالتمييز رقم ٨٥ لسنة ٢٠١٣ تجاري/٥، جلسة ٢٠١٥/٣/١١، غير منشور.
(٥٢) حكم الطعن بالتمييز رقم ٢٤٨٧ لسنة ٢٠١٣ تجاري/٢، جلسة ٢٠١٥/١٢/٢٠، غير منشور.

في حالة الحرمان من الانتفاع، وذلك عندما ذكرت أن: "الأجرة تكون مقابل الانتفاع بالمأجور وتستحق باستيفاء المنفعة أو بإمكان استيفائها، فإن زالت المنفعة أو اختلت سقطت الأجرة أو أنقصت". يتضح من هذا التسبيب الأخير لمحكمة التمييز أنها ربطت استحقاق الأجرة بالمنفعة[٥٣]، فإذا نقصت المنفعة نقصت الأجرة، وإذا زالت المنفعة سقطت الأجرة كاملة. ونرى أن هذا الحل الذي أخذت به محكمة التمييز في تسبيبها الثاني والقائم على المنفعة هو الواجب التطبيق في الفرضية التي قمنا بطرحها، مع تحفظنا على الجزء الذي اعترضنا عليه في تسبيبها الأول المتعلق بنص المادة (١/٥٨١)، وعلى المحكمة في حالة عدم انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة أن تحكم برد الأجرة التي دفعت بغير وجه حق إلى المؤجر[٥٤].

أما إذا كان قرار الإغلاق الكلي للنشاط الحرفي أو المهني أو التجاري يتضمن السماح لتلك الأنشطة بالبيع من خلال التطبيقات الإلكترونية أو العادية والسماح بتوصيل الطلبات للمنازل، أو كان قرار الإغلاق جزئياً خلال فترة الحظر الجزئي فقط، ففي تلك الحالات من البديهي أنه يوجد نقص في الانتفاع بالعين المؤجرة، وللقاضي قياس درجة النقص في كل عقد على حدة، باعتبارها من مسائل الواقع التي يخضع تقديرها لقاضي الموضوع، ومتى ما تبين للقاضي وجود نقص كبير في الانتفاع بالعين المؤجرة، سيطبق بالتالي نص المادة (١/٥٨١) من القانون المدني، ولا يحتاج المستأجر لإثبات أن النقص في الانتفاع يجعل من تنفيذ التزامه مرهقاً ويهدده بخسارة فادحة كي يستجيب القاضي لمطالبه، ولكن يكفيه فقط أن يثبت النقص الكبير في الانتفاع، ولو كان هذا النقص في الانتفاع لا يؤدي إلى إرهاق المستأجر بدفع الأجرة ولا يهدده بخسارة فادحة، ولعل المستأجر في حالة وجود نقص في انتفاعه بالعين المؤجرة لا يحبذ طلب فسخ العقد[٥٥]، وإنما يسعى إلى طلب إنقاص الأجرة، لأنه يريد معاودة نشاطه الحرفي أو المهني أو التجاري بعد انتهاء قرار الإغلاق.

وفي هذا الصدد، نرى أن مسألة إثبات وجود نقص كبير في الانتفاع تختلف من حالة إلى أخرى حسب طبيعة النشاط، فمن يمارس نشاطاً حرفياً كالنجار والخياط

---

(٥٣) HUET (J), Les principaux contrats spéciaux, op.cit, p.734 et suiv;
بدر جاسم اليعقوب، مرجع سابق، ص ٤٤١- ٤٥٧.

(٥٤) حكم الطعن بالتمييز والمقيدة بالجدول برقمي ١١٨٨، ١٢١٦ لسنة ٢٠١٣ تجاري/٣، جلسة ٢٠١٤/٤/٢٩، غير منشور.

(٥٥) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٦، المرجع السابق، ص ٨٨٩ وما بعدها.

والميكانيكي والحلاق أو المهني كالمحامين والأطباء والصيادلة، تعتمد طبيعة عملهم على تواجدهم بالعين المؤجرة، إذ إن عدد ساعات الانتفاع اليومية بالعين المؤجرة تؤثر على انتفاعهم بشكل كبير، وما على المستأجر إلا إثبات وجود النقص الكبير في انتفاعه بالعين المؤجرة لكي يستجيب القاضي لمطالبه، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الكويتية بأن: "المدعي هو المكلف بإثبات دعواه، فإن حالفه التوفيق انتقل إلى المدعى عليه عبء إثبات العكس"[٥٦]. ولا يستطيع المؤجر دفع تلك المطالب إلا بإثبات أن انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة لا يعتبر منقوصاً، وأن انتفاعه لم يتأثر مع وجود تلك القرارات الصادرة من مجلس الوزراء، وأنه لا يزال ينتقع بالعين المؤجرة بشكل طبيعي وكامل على الرغم من تلك القرارات الصادرة من مجلس الوزراء. و"لمحكمة الموضوع السلطة التامة في فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة المقدمة فيها والأخذ منها بما تطمئن إليه وإطراح ما عداه متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها ولها أصلها الثابت بالأوراق"[٥٧].

ومما لا شك فيه، أن المستأجر الذي اختار مكاناً يكثر فيه الزبائن لجعله معرضاً للتسوق، ويدفع أجرة عالية على هذا المكان، ويتعرض نشاطه لصدور قرار بالإغلاق الكلي مع السماح له بالبيع الإلكتروني والتوصيل للمنازل، لا يستطيع مؤجره أمام المحكمة أن يسقط طلب هذا المستأجر بإنقاص الأجرة، وذلك من خلال الدفع أن المستأجر كان يستخدم بدائل أخرى تسويقية للبيع من خلال التطبيقات الإلكترونية، وأن المستأجر كان يحقق إيرادات من نشاطه المغلق، بحيث لم يصل لدرجة أن تنفيذ التزامه بدفع الأجرة أصبح مرهقاً له؛ ذلك أن المستأجر في هذه الحالة ما قام به من وسائل لبيع سلعه لا تتعلق تعلقاً كلياً بانتفاعه بالعين المؤجرة، وإنما ما قام به يعتبر مجهوداً شخصياً لتسويق منتجاته من خلال التطبيقات الإلكترونية، ودفع من أجل تلك التطبيقات ومن يعمل عليها مبالغ مالية كبيرة، وإن النجاح الذي حققه لا يعود بشكل كبير إلى انتفاعه بالعين المؤجرة، وأن انتفاعه بالعين المؤجرة كان يقتصر على وجود سلعة في المعرض فقط، الذي هو بالأساس تم تأجيره من قبل المستأجر من أجل استقبال الزبائن، وليس لتخزين سلعة، إذ إن المستأجر يستطيع أن ينقل بضائعه من

---

(٥٦) الطعنان بالتمييز رقما ٨٣، ٨٥ /٢٠٠٤، جلسة ٢٠٠٥/١١/٢١، غير منشور؛ انظر بشأن الإثبات أيضاً: فايز عبد الله الكندري، أثر استعمال العين في غير الغرض المؤجرة من أجله، تعليق على حكم المحكمة الكلية في الدعوى رقم ٢٠٠١/١٨٧٦ إيجارات كلي- حولي ٣ الصادر في ٣١ ديسمبر ٢٠٠١، مجلة الحقوق، العدد ٢ سنة ٢٧ يونيو ٢٠٠٣.

(٥٧) الطعن بالتمييز رقم ٢٠٠٣/١٠٠٥ تجاري، جلسة ٢٠٠٤/٦/١٦، غير منشور.

المعرض إلى مخزن أجرته قليلة، ويقوم بتوصيل بضائعه من خلاله، إذ إن الغرض من الانتفاع بالعين المؤجرة عند إبرام عقد الإيجار كان بجعلها مكاناً لاستقبال الزبائن، وهذا الغرض من الانتفاع حدث له نقص كبير. على عكس أصحاب أنشطة المطاعم المسموح لهم بتوصيل الطلبات، على الرغم من قرار الإغلاق الكلي الذي يشملهم، إلا أنهم ينتفعون بشكل أكبر بالعين المؤجرة من خلال القيام بعمليات الطبخ فيها وتخزين الأطعمة؛ لذلك نرى أن الأمر يخضع لتقدير قاضي الموضوع، ويختلف من نشاط لآخر، ويعتمد على ما يقدمه المؤجر والمستأجر من أدلة. وقد قررت محكمة التمييز الكويتية بهذا الشأن أن: "محكمة الموضوع إنما تنظر في النزاع على هدي الأدلة والمستندات التي تقدم إليها، ولا يجوز مطالبتها بالفصل في دفاع لم يقدم إليها مستنده أو الدليل عليه، وهي غير ملزمة بتكليف الخصوم بتقديم الدليل على دفاعهم أو لفت نظرهم إلى مقتضيات هذا الدفاع"[٥٨].

وأكدت محكمة التمييز الكويتية على وجوب أن تكون العين المؤجرة صالحة للانتفاع بها لكي تستحق الأجرة، حيث قررت أن: "الشركة الطاعنة لم تقم بتنفيذ التزامها بتسليم المطعون ضده الأول المحل المأجور تسليماً صحيحاً، وفي حالة صالحة للانتفاع بها، لا سيما وأن المطعون ضده الأول بصفته لا يستطيع مخالفة النظم الحكومية ومباشرة نشاطه في المحل بصفة طبيعية إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من الجهة المختصة والتي رفضت الترخيص بذلك النشاط لمغايرته للنشاط المصرح به؛ مما يجعله عائقاً يحول دون انتفاع المطعون ضده بصفته بالمحل في الغرض الذي أجر من أجله"[٥٩]. ويتبين أيضاً من هذا الحكم أنه يتعلق بأعمال صادرة من السلطة العامة أدت إلى عدم انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، ولا يكون المؤجر ملتزماً بضمانها ولكنه يتحمل تبعتها، ومن تبعاتها إنقاص الأجرة في حالة وجود نقص كبير في الانتفاع بالعين المؤجرة حسب نص المادة (١/٥٨١) من القانون المدني؛ لذلك إذا دفع المستأجر أجرة تزيد على ما انتفع به بالعين المؤجرة، يجوز له الطلب من المحكمة برد الأجرة غير المستحقة بسبب وجود نقص كبير في الانتفاع بالعين المؤجرة[٦٠].

(٥٨) الطعن بالتمييز رقم ١٩٩٤/٣٣ مدني، جلسة ١٩٩٤/١/٢، غير منشور.

(٥٩) حكم الطعن بالتمييز والمقيدة بالجدول برقمي ١١٨٨، ١٢١٦ لسنة ٢٠١٣ تجاري/٣، جلسة ٢٠١٤/٤/٢٩، غير منشور.

(٦٠) حكم الطعن بالتمييز رقم ٢٤٨٧ لسنة ٢٠١٣ تجاري/٢، جلسة ٢٠١٥/١٢/٢٠، غير منشور.

وهذا يؤكد لنا بأنه لا يجوز للمستأجر في حالة أعمال السلطة العامة أن يطلب من القاضي إنقاص الأجرة وفقاً لنص المادة (١٩٨) من القانون المدني، وإنما له أن يطلب ذلك وفقاً لنص المادة (١/٥٨١) من القانون المدني، لأن الخاص يقيد العام. وإذا ما أسس المستأجر دعواه على نص المادة (١٩٨)، وثبت للقاضي وجود نقص كبير في الانتفاع بالعين المؤجرة، يكون للقاضي الحكم بإنقاص الأجرة، ولكن يسبب حكمه تسبيباً صحيحاً وفقاً لنص المادة (١/٥٨١) وليس وفقاً لنص المادة (١٩٨). إذ قررت محكمة التمييز بهذا الشأن أن: "ولئن كان للخصوم تحديد طلباتهم في الدعوى والتعبير عن هذه الطلبات بما يرونه مناسباً من العبارات وتكييفها على النحو الذي يرونه ملائماً لمصلحة كل منهم، إلا أن ذلك لا يقيد المحكمة التي تنظر دعواهم والتي عليها أن ترد التكييف الصحيح لطلباتهم وفقاً لحقيقة قصدهم من تقديمها وصحيح إرادتهم بشأنها، مما يمكنها من إنزال صحيح حكم القانون عليها، فتكييف الدعوى وتقصي طلبات الخصوم فيها واستظهار مراميها وما قصده الخصوم من إبدائها هو بما تستقل به محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق" [(٦١)]. و"لمحكمة الموضوع سلطة تكييف طلبات الخصوم وفهم الدعوى على حقيقتها حسبما تدل عليه وقائعها، ولها أن تنزل عليها وصفها الحق دون تقيد بتكييف الخصوم لها، طالما لم تخرج عن هذه الوقائع ولم تغير من مضمون الطلبات فيها" [(٦٢)].

يتضح مما سبق أن تداعيات فيروس كوفيد-١٩ تعتبر ظروفاً خاصة منصوصاً عليها بالأحكام الخاصة بعقد الإيجار، والتي تتعلق بأعمال السلطة العامة التي يترتب عليها نقص كبير في انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة. أما إذا كان هناك عدم انتفاع مطلق بالعين المؤجرة بسبب أعمال السلطة العامة، فإن أحكام محكمة التمييز الكويتية - كما رأينا - تصدت لتلك المسألة، ويكون بناء على ذلك لدينا حلان، حل تشريعي يعالج حالة النقص في الانتفاع، وحل قضائي يعالج حالة عدم الانتفاع المطلق، ولكن مع هذه الحلول وقبل الفصل في موضوع الحق بالأجرة من عدمه، هل سيضع القضاء الكويتي بعين الاعتبار تداعيات فيروس كورونا عند رفع دعوى الإخلاء من قبل المؤجر بسبب عدم دفع الأجرة من قبل المستأجر.

---

(٦١) الطعن بالتمييز رقم ٢٠٠٩/٤٢٨، إداري، جلسة ٢٠١١/٥/١٨، غير منشور.

(٦٢) الطعن بالتمييز رقم ٥٨١ لسنة ٢٠٠٣ تجاري، جلسة ٢٠٠٦/١٠/١، غير منشور؛ فاروق الكيلاني، مرجع سابق ص ١٣٢.

المبحث الثالث
الأثر المترتب على عدم وفاء المستأجر بالأجرة بسبب تداعيات فيروس كورونا

ومما لا شك فيه، أن هناك كثيراً من المستأجرين في ظل تداعيات فيروس كورونا سيمتنعون عن دفع أجرة العين المؤجرة بسبب اعتقادهم بأن المؤجر ليس له الحق في تلك الأجرة بسبب تلك التداعيات، وهذا الاعتقاد متولد لديهم من عدم استغلالهم الجزئي أو الكامل للعين المؤجرة بسبب قرارات مجلس الوزراء، فهل تداعيات فيروس كورونا تعطي لهم الحق في عدم دفع الأجرة دون وجود حكم قضائي من المحكمة؟ وهل تداعيات الفيروس تعطي بعد ذلك للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار الظروف التي حالت دون دفع الأجرة؟ فما هو الحل أمام القاضي في عقد الإيجار العادي **(المطلب الأول)** وعقد الإيجار الاستثماري **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول
أثر عدم وفاء المستأجر بالأجرة على عقد الإيجار العادي

نصت المادة (١٠) من المرسوم بالقانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٨ على أنه يجب على المستأجر أن يقوم بوفاء الأجرة في المواعيد المتفق عليها كتابة بين المؤجر والمستأجر[٦٣]. فإذا لم يوجد اتفاق كتابي يحدد ميعادها وجب وفاء الأجرة في أول كل شهر إذا كان الإيجار مشاهرة، وفي أول كل مدة معقود عليها الإيجار في الأحوال الأخرى، ولا يعتد بتاريخ سند قبض الأجرة لتحديد مواعيد الوفاء بها.

وللمستأجر وفقاً لنص المادة (١٠) سالفة الذكر في حالة امتناع المؤجر عن استلام الأجرة أن يودع الأجرة المستحقة خزانة إدارة التنفيذ بعد عرضها على المؤجر عرضاً قانونياً، فإذا حصل الإيداع خلال عشرين يوماً من تاريخ الاستحقاق اعتبر وفاء بالأجرة في الموعد المقرر، ويجب حسب نص المادة (١٠) كذلك أن: "يتم عرض الأجرة على المؤجر كلما حل ميعاد استحقاق كل دفعة منها، ما لم يكن قد سبق للمستأجر عرضها على المؤجر في ميعاد استحقاق سابق ولم يقبلها المؤجر وأثبت بمحضر إعلان العرض أن المستأجر سيودع ما يستجد من الأجرة في موعد

(٦٣) بدر جاسم اليعقوب، مرجع سابق، ص ٢٦٥ وما بعدها؛ أحمد السعيد الزقرد وفايز عبد الله الكندري، مرجع سابق، ص ١٨٧.

استحقاقها بإدارة التنفيذ، فيجوز له إيداعها دون عرض إلى أن يقوم المؤجر بإخطار المستأجر كتابة بأنه يقبل سداد الأجرة إليه، فيلتزم المستأجر بعرضها على المؤجر بعد ذلك".

يتضح مما سبق أن المشرع في نص المادة (١٠) من المرسوم بالقانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٨ أكد على عملية سداد الأجرة في موعدها، من خلال عرضها على المؤجر. بل ذهب المشرع الكويتي إلى أبعد من ذلك في حالة ما رفض المؤجر استلام الأجرة فإن التزام المستأجر بدفع الأجرة لا يسقط مع ذلك، إذ على المستأجر في هذه الحالة إيداع الأجرة خزانة إدارة التنفيذ.

ولكن السؤال، هل من حق المستأجر في ظل تداعيات فيروس كورونا أن يمتنع عن دفع الأجرة أو لا يسلمها كاملة؟ وعند البحث عن جواب لهذا السؤال في مواد المرسوم بالقانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٨، وجدنا أنه لا يجوز للمستأجر القيام بذلك، وإن كانت لديه أدلة ومستندات تثبت أن انتفاعه بالعين المؤجرة منتقص أو معدوم. حيث أكد على ذلك نص المادة (١٠) من المرسوم بالقانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٨ بقوله: "وإذا قام نزاع بين المستأجر والمؤجر حول الأجرة أو الخصم منها أو إنقاصها فإن ذلك لا يعفي المستأجر من التزامه بدفع الأجرة كاملة في مواعيد استحقاقها، وذلك إلى أن يفصل في هذا النزاع بحكم قضائي نهائي أو يحسم باتفاق مكتوب بين الطرفين، وإلا اعتبر متخلفاً عن أداء الأجرة". ويتضح أيضاً من هذا النص أن الحل المقترح لإنقاص الأجرة أو الإعفاء منها هو الاتفاق الودي بين المستأجر والمؤجر أو اللجوء إلى القضاء. وإن قام المستأجر بغير ذلك اعتبر متخلفاً عن سداد الأجرة؛ إذ إن الأجرة المتفق عليها في عقد الإيجار تكون ملزمة للمتعاقدين، فلا يجوز تعديلها حسب نص المادة (١١) من المرسوم بالقانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٨ إلا باتفاق المؤجر والمستأجر أو للأسباب التي يقررها القانون.

وفي هذا الصدد، نجد أن المشرع الكويتي قد رتب جزاءً على عدم الوفاء بالأجرة، وهو حق المؤجر بطلب إخلاء العين المؤجرة، وإن كان عدم الوفاء بالأجرة راجعاً لتداعيات فيروس كورونا؛ حيث نصت المادة (٢٠) بند -١- من المرسوم بالقانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٨ على أنه يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء العين

(٦٤) السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص ٢٥٨ وما بعدها؛ بدر جاسم اليعقوب، مرجع سابق، ص ٤٨٣ - ٤٩٦، انظر للأمثلة الكثيرة بهذا المرجع؛ أحمد السعيد الزقرد وفايز عبد الله الكندري، مرجع سابق، ص ٢٨٨ وما بعدها.

المؤجرة[٦٤] "إذا لم يدفع المستأجر الأجرة المستحقة عليه وفق شروط العقد أو وفق الحكم الصادر بتحديدها خلال عشرين يوماً من تاريخ استحقاقها المقرر في المادة (١٠)". واستخلاص إخلال المتعاقد (المستأجر) بالتزامه الموجب للمسئولية العقدية من عدمه من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع بلا معقب عليه[٦٥].

ومع ذلك إذا تقدم المؤجر بطلب الإخلاء إلى المحكمة ورأت أن هناك عذراً قوياً أثبته المستأجر أدى إلى تأخره في دفع الأجرة، يجوز للقاضي في هذه الحالة بناء على نص المادة (٢٠) بند -١- من المرسوم بالقانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٨ أن يحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن مع إلزام المستأجر بالمصروفات، ولكن اشترط نص تلك المادة أن يوفي المستأجر حتى "نهاية أول جلسة تم إعلانه بها إعلاناً صحيحاً بجميع الأجرة المستحقة، ويجوز تسليم الأجرة لكاتب الجلسة لإيداعها خزينة إدارة التنفيذ دون إجراءات إذا رفض المؤجر استلامها، ولا يعتبر السفر أو الغياب عن البلاد من قبيل الأعذار المقبولة في التأخير عن دفع الأجرة". ولا شك أن تداعيات فيروس كورونا المستجد تعتبر عذراً قوياً يقبله القاضي متى ما تم ربط تلك التداعيات بأثرها على التزامه بدفع الأجرة، ومع ذلك نجد أن مسألة دفع المستأجر كامل الأجرة المستحقة عليه حتى نهاية أول جلسة تم إعلانه بها إعلاناً صحيحاً، يعتبر من الأمور الصعبة والمرهقة له، حيث إن الكثير من المستأجرين لا يستطيعون دفعها خصوصاً بعد تعثرهم المالي بسبب تداعيات فيروس كورونا. وكذلك يتبين لنا من نص المادة السابقة أن وجود المستأجر خارج البلاد أثناء أزمة كورونا لا يعد من الأعذار المقبولة لدى القاضي في التأخير عن دفع الأجرة[٦٦].

ويترتب على صدور حكم بالإخلاء فسخ عقد الإيجار، حيث قررت محكمة التمييز الكويتية أن: "طلب الإخلاء لعدم سداد الأجرة يشمل حتماً طلباً ضمنياً بفسخ العقد"[٦٧]. ويتضح مما سبق أن أحكام الإخلاء الواجبة التطبيق على عقد الإيجار العادي تعتبر قاسية على المستأجر، فهل سيكون هذا الوضع كذلك في عقد الإيجار الاستثماري؟

(٦٥) الطعن بالتمييز ٢٠٠٤/١١٧٩ تجاري، جلسة ٢٠٠٥/١٢/٧، غير منشور.
(٦٦) أحمد السعيد الزقرد وفايز عبد الله الكندري، مرجع سابق، ص ٢٩٣ وما بعدها.
(٦٧) الطعن بالتمييز رقم ٩٨/٤٩٥ تجاري، جلسة ١٩٩٩/٥/٨، غير منشور.

المطلب الثاني
أثر عدم وفاء المستأجر بالأجرة على عقد الإيجار الاستثماري

نصت المادة (٥٨٦) من القانون المدني على أنه: "يجب على المستأجر الوفاء بالأجرة في المواعيد المتفق عليها، فإذا لم يكن هناك اتفاق، وجب الوفاء بها في المواعيد التي يعينها العرف، ويكون الوفاء بالأجرة في موطن المستأجر ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك". يتضح من هذا النص أن التزام المستأجر في دفع الأجرة هو التزام لا يقبل الوقف بإرادة منفردة من المستأجر[٦٨]. ولكن السؤال هل الأحكام المتعلقة بالإيجار في القانون المدني أعطت الأعذار للمستأجر في أن يوقف التزامه بدفع الأجرة في ظل تداعيات فيروس كورونا؟

وللحق، لم نجد في نصوص مواد القانون المدني المتعلقة بالإيجار ما يسعفنا في معرفة النتائج المترتبة على عدم دفع الأجرة من المستأجر في ظل تداعيات فيروس كورونا، وعلى ذلك لا نجد مفراً إلا باللجوء إلى الأحكام العامة في العقود في القانون المدني للوصول إلى إجابة عن الكثير من التساؤلات حول النتائج المترتبة على عدم دفع الأجرة في عقد الإيجار الاستثماري في ظل تداعيات فيروس كورونا.

إذ نصت المادة (١٩٦) من القانون المدني على أن: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضي القانون بغيره". أي أنه لا يجوز للمستأجر في ظل تداعيات فيروس كورونا أن يمتنع عن دفع الأجرة أو إنقاصها من دون التوصل إلى اتفاق ودي بينه وبين المؤجر بخصوص دفعها.

الأمر الذي يدفعنا إلى القول بأنه من حق المؤجر اللجوء إلى القضاء في حالة عدم تنفيذ المستأجر لالتزامه بدفع الأجرة، والطلب من المحكمة إخلاء العين المؤجرة وفسخ عقد الإيجار. إذ نصت المادة (٢٠٩/١) من القانون المدني على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه عند حلول أجله، وبعد إعذاره، جاز للمتعاقد الآخر، إن لم يفضل التمسك بالعقد، أن يطلب من القاضي فسخه، مع التعويض إن كان له مقتض، وذلك ما لم يكن طالب الفسخ مقصراً بدوره في الوفاء بالتزاماته"[٦٩].

---

(٦٨) LE TOURNEAU (PH), FISCHER (J) et TRICOIRE (E), op.cit,p72 et suiv;
بدر جاسم اليعقوب، مرجع سابق، ص ١٤٤.

(٦٩) انظر في ذلك: الطعون بالتمييز أرقام ٢٨٥،٢٨٣،٢٨١/١٩٩٨ تجاري، جلسة ٩/٤/١٩٩٩، غير منشور.

لذلك بناء على ما سبق يجوز للمؤجر طلب إخلاء العين المؤجرة عند عدم التزام المستأجر بدفع الأجرة، وما على المؤجر في هذه الحالة إلا تنبيه المستأجر بالإخلاء، وقد عرفت محكمة التمييز الكويتية التنبيه بالإخلاء الذي ينتهي به الإيجار عملاً بالمادة (٢/٥٦٧) من القانون المدني على أنه: "تعبير عن إرادة أحد طرفي العقد في إنهاء الإيجار، فيتعين أن يشتمل على ما يفيد بغير غموض الإفصاح عن الرغبة في اعتبار العقد القائم بين الطرفين منتهياً، وهو يتم بإعلان على يد محضر أو بخطاب موصى عليه أو بخطاب عادي أو بأية ورقة رسمية تظهر بجلاء رغبة المؤجر في إنهاء العقد وإخلاء العين المؤجرة، ومن ذلك صحيفة الدعوى، لما تكشف عنه المطالبة القضائية صراحة عن إرادة المؤجر في إنهاء الإيجار"[(٧٠)]. ويعتبر قضاء محكمة التمييز أن رفع الدعوى بطلب الفسخ يعد إعذاراً للمدعى عليه[(٧١)].

وبعد ما يعرض طلب الإخلاء على القاضي، هل سيأخذ بعين الاعتبار تداعيات فيروس كورونا عند نظر الدعوى؟ أجاب نص المادة (٢/٢٠٩) من القانون المدني على ذلك بقوله إنه: "ويجوز للقاضي عند طلب الفسخ أن ينظر المدين إلى أجل يحدده إذا اقتضته الظروف، كما أن له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة إلى التزاماته في جملتها". يتضح من هذا النص أن للقاضي إذا ما وجد ظروفاً معينة يقدرها أن يمنح المستأجر أجلاً لسداد ما عليه من أجرة لم توفَ، ونرى أن ظروف تداعيات فيروس كورونا ظروف تستحق أن تؤخذ بعين الاعتبار من قبل القاضي في تأجيل التزام المستأجر في دفع الأجرة، كذلك يجوز للقاضي أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوفه المستأجر قليلاً بالنسبة لما هو مستحق للمؤجر من أجرة. أي أنه لو كانت الأجرة ١٠٠٠ دينار ودفع منها المستأجر ٨٠٠ دينار، فإن ما لم يوفه المستأجر من الأجرة قليلاً بالنسبة لما وفاه.

وقد أكدت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني على ما ذهبنا إليه بقولها إن المادة (٢٠٩) منحت القاضي "سلطة رحبة الحدود، وتتمثل هذه السلطة في مظهرين أساسيين: فللقاضي أن يمنح المتعاقد الذي ترفع دعوى الفسخ ضده أجلاً يحدده له، ليقوم خلاله بالوفاء بالالتزام الذي تقاعس عن أدائه، إذا رأى الظروف تقتضي منحه

---

(٧٠) الطعن بالتمييز رقم ٩٣/٨٤ تجارى، جلسة ١٩٩٤/٢/١، غير منشور؛ انظر أيضاً: الطعن بالتمييز رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٣ تجاري، جلسة ١٩٩٣/١١/٢٧، غير منشور.

(٧١) الطعن بالتمييز رقم ١٩٨٩/٢٧ تجاري، جلسة ١٩٩٠/١/٨، غير منشور؛ انظر في ذلك: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص ٤١٢ وما بعدها.

هذا الأجل، كما إذا رأى أن ثمة أملاً في أن يفلح في الوفاء بالالتزام في وقت ليس بجد بعيد، فينظره إلى ميسرة، لعل الله يؤتيه من بعد عسر يسراً. وللقاضي أن يرفض الفسخ كلياً بالرغم من توافر كل شروطه، ويكون له ذلك إذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة إلى كافة الالتزامات التي يفرضها العقد عليه"[(٧٢)].

يتضح مما سبق أن تداعيات فيروس كورونا تعطي للقاضي الحق في رفض دعوى الإخلاء وإعطاء المستأجر وقتاً مناسباً لسداد ما عليه من أجرة من خلال تقسيطها أو تسديدها بعد فترة معينة يقدرها القاضي، ولعل هذا الحل أنسب من الحل الذي أتى به نص المادة (٢٠) بند -١- من المرسوم بالقانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٨ في حالة رفع دعوى الإخلاء من قبل المؤجر عند عدم دفع الأجرة من قبل المستأجر، حيث نصت المادة (٢٠) بند -١- من المرسوم على أنه: "يجوز للقاضي أن يحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن مع إلزام المستأجر بالمصروفات إذا أثبت المستأجر أن تأخره يرجع إلى عذر قوي تقبله المحكمة، وأوفى حتى نهاية أول جلسة تم إعلانه بها إعلاناً صحيحاً بجميع الأجرة المستحقة". إذ إن هذا الحل الذي أتت به المادة (٢٠) بند -١- من المرسوم يصعب على المستأجر القيام به، خصوصاً بعد تداعيات فيروس كورونا والأضرار الاقتصادية التي تسببت بها.

ونرى من جهة أخرى أن المؤجر الذي يريد طلب إخلاء العين المؤجرة وفسخ عقد الإيجار بسبب عدم دفع المستأجر لالتزامه، أن يكون المؤجر مستعداً بدوره للقيام بالتزامه[(٧٣)]، وهذا ما لا نراه بالنسبة للمؤجر بسبب عدم قدرته على تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة بسبب تداعيات فيروس كورونا في بعض الحالات التي ذكرناها في المبحث الثاني، إذ إن محكمة التمييز الكويتية أكدت ما ذهبنا إليه، وذلك بقولها إن: "مفاد ما نصت عليه المادتان ٢٠٩، ٢١١ من القانون المدني... أنه يلزم لطلب الفسخ في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه أن يكون المتعاقد الذي يطلب الفسخ مستعداً للقيام بالتزامه من جهة، وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها إذا حكم بالفسخ من جهة أخرى[(٧٤)]، ومن المقرر أن

---

(٧٢) للمزيد انظر: حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج١ مصادر الالتزام، ط٢، ١٩٩٥، دار النهضة العربية، ص ٤١١ وما بعدها.

(٧٣) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص٤١٦.

(٧٤) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، ج١ مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، مجلد ٢، ط١، ١٩٨٢، مطبوعات جامعة الكويت، ص ١٠٩٦ وما بعدها؛ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ٣٨٩ وما بعدها.

لقاضي الموضوع السلطة التامة في بحث الدلائل المقدمة في الدعوى وترجيح ما يطمئن إلى ترجيحه منها، وفي استخلاص ما يرى أنه واقع في الدعوى، وحسبه أن يبين الحقيقة التي اقتنع بها، وأن يقيم قضاءه على أسباب سائغة تكفي لحمله، كما أن تقدير مبررات الفسخ وكفاية أسبابه أو عدم كفايتها، وتحديد الجانب المقصر في العقد أو نفي التقصير عنه، وتنفيذ المتعاقد لالتزامه، كل ذلك من الأمور الواقعية التي تستقل بها محكمة الموضوع دون معقب متى استندت إلى أسباب سائغة "(٧٥).

وفي هذا الخصوص، على المؤجر إذا ما أراد أن يستجيب القاضي لطلبه في إخلاء العين المؤجرة مع فسخ عقد الإيجار أن يثبت للقاضي أنه قام بتنفيذ التزامه بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، وأن تداعيات فيروس كورونا ليس لها أي تأثير على العقد، وعلى المستأجر تقديم ما يثبت عكس ذلك لكي يتم رفض طلب المؤجر، وقد أكدت محكمة التمييز الكويتية على ذلك بقولها إن: "المدعي هو المكلف بإثبات دعواه، فإن حالفه التوفيق انتقل إلى المدعى عليه عبء إثبات العكس"(٧٦). لذلك على المؤجر والمستأجر من تلقاء أنفسهما، ودون طلب من المحكمة أن يقدما الأدلة والمستندات التي تدعم رأيهما، إذ إن محكمة الموضوع غير ملزمة بتكليف الخصوم بتقديم الدليل على دفاعهم أو تنبيههم إلى مقتضيات هذا الدفاع(٧٧). ولمحكمة الموضوع تقدير الأدلة والمستندات المقدمة لها من المؤجر والمستأجر، فإذا تبين لها من الأدلة والمستندات المقدمة أن المؤجر لم يوفِ بالتزامه بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، أن تحكم برفض طلب الإخلاء والفسخ، وهذا ما أكدت عليه محكمة التمييز الكويتية بقولها إن: "لمحكمة الموضوع السلطة التامة في فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة المقدمة فيها والأخذ منها بما تطمئن إليه وإطراح ما عداه متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها ولها أصلها الثابت بالأوراق، ولا عليها بعد أن بينت الحقيقة التي اقتنعت بها أن تتبع الخصوم في مختلف أقوالهم وحججهم، وأن ترد استقلالاً على كل قول أو حجة أثاروها"(٧٨).

(٧٥) الطعن بالتمييز رقم ١٠٨/١٩٩٥مدني، جلسة ١٩٩٦/١٢/٩، غير منشور؛ للمزيد انظر: فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط١، ٢٠٠٤، دار الجامعة الحديثة للنشر، الإسكندرية، ص ١٥٧ وما بعدها.

(٧٦) الطعنان بالتمييز رقما ٨٣، ٨٥ /٢٠٠٤، جلسة ٢٠٠٥/١١/٢١، غير منشور.

(٧٧) الطعن بالتمييز رقم ١٩٩٤/٣٣ مدني، جلسة ١٩٩٤/١/٢، غير منشور.

(٧٨) الطعن بالتمييز رقم ٢٠٠٣/١٠٠٥ تجاري، جلسة ٢٠٠٤/٦/١٦، غير منشور.

الخاتمة:

تبين لنا من هذه الدراسة أن تداعيات فيروس كورونا المستجد (كوفيد-١٩) أثرت بشكل كبير على الأنشطة المهنية والحرفية والتجارية، حيث اتضح لنا بأن بعض المستأجرين هم الحلقة الأضعف وسط هذه التداعيات، بسبب اختلال انتفاعهم بالعين المؤجرة.

وقد توصلنا إلى عدة نتائج مهمة من خلال النصوص التشريعية وأحكام المحاكم، نذكر أبرزها:

١ - إن المرسوم بالقانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٨ في المادة الأولى منه حدد بشكل قاطع عقود الإيجار التي تخرج من نطاق تطبيقه، واعتبرناها عقود استثمار وما عداها تدخل تحت نطاق تطبيق المرسوم الخاص بعقود الإيجار العادية.

٢ - إن عقد الاستثمار هو عقد تجاري يخضع لأحكام القانون التجاري، ولكن بسبب عدم تنظيمه في القانون التجاري، فإن أحكام القانون المدني المتعلقة بالإيجار هي واجبة التطبيق.

٣ - إنه بالنسبة لعقد الإيجار العادي وعقد الإيجار الاستثماري لا تعتبر تداعيات فيروس كورونا قوة قاهرة تجعل من تنفيذ التزامات أطراف عقد الإيجار مستحيلة استحالة دائمة، وإنما هناك استحالة مؤقتة ستزول بانتهاء قرارات مجلس الوزراء. وأن عقد الإيجار من العقود الزمنية التي روعيت فيها المدة، فإذا توقف التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة بسبب استحالة مؤقتة، فإن التزام المستأجر بدفع الأجرة يتوقف كذلك، وتعود التزامات الطرفين مرة أخرى بقيام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة.

٤ - إن المستأجر في عقد الإيجار العادي وعقد الإيجار الاستثماري عندما يختل انتفاعه بالعين المؤجرة بسبب قرارات مجلس الوزراء، ليس بالضروري أن نكون أمام ظروف طارئة يتعرض لها المستأجر، ولكي نكون كذلك يجب أن نكون أمام ظروف غير متوقعة ولا يمكن دفعها وتجعل من تنفيذ التزام المستأجر بدفع الأجرة مرهقاً له ويهدده بخسارة فادحة.

٥ - إن في النصوص الواجبة التطبيق على الإيجار العادي والإيجار الاستثماري، إذا ترتب على قرارات مجلس الوزراء بسبب فيروس كورونا نقص كبير في انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، جاز له أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة.

٦ - إنه لا يجوز للمستأجر المتضرر من صدور قرارات مجلس الوزراء المتعلقة بالحد

من انتشار فيروس كورونا، أن يطلب من القاضي إنقاص الأجرة وفقاً لنص المادة (١٩٨) من القانون المدني المتعقلة بالأحكام العامة بالظروف الطارئة، وإنما له أن يطلب ذلك وفقاً لنص المادة (٥٨١/١) من القانون المدني التي تجيز إنقاص الأجرة في حالة وجود نقص كبير في الانتفاع بالعين المؤجرة بسبب قرارات صادرة من السلطة العامة؛ لأن الخاص يقيد العام.

٧ - لا يجوز للمستأجر بغرض السكنى أن يطلب إنقاص الأجرة أو الإعفاء منها في ظل تداعيات فيروس كورونا، لأنه ينتفع بالعين المؤجرة، ولو تعلق الأمر بأن التزامه بدفع الأجرة أصبح مرهقاً له بسبب ظروف مالية شخصية يعاني منها بسبب تداعيات فيروس كورونا. حيث اتضح لنا من البحث أن تداعيات فيروس كورونا بالنسبة للإيجار بغرض السكنى لا تعتبر قوة قاهرة ولا ظرفاً طارئاً ولا ظرفاً خاصاً منصوصاً عليه في القوانين المتعلقة بالإيجار.

٨ - إن المستأجر في عقد الإيجار العادي لا يستطيع من تلقاء نفسه أن يتوقف عن دفع الأجرة بسبب تداعيات فيروس كورونا، ولكن عليه أن يتوصل لاتفاق ودي بينه وبين المؤجر يتعلق بالإعفاء من الأجرة أو إنقاصها أو تأجيلها، وإن فعل عكس ذلك عرض نفسه لأحكام الإخلاء القاسية في قانون إيجار العقارات الصادرة بالمرسوم بالقانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٨.

٩ - إنه حسب أحكام القانون التي تنطبق على الإيجار الاستثماري يجوز للمؤجر طلب إخلاء العين المؤجرة وفسخ عقد الإيجار في حالة عدم دفع الأجرة، وللقاضي في ظل تداعيات فيروس كورونا أن يمنح المستأجر أجلاً لسداد ما عليه من أجرة لم يوفها. كذلك يجوز للقاضي أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوفه المستأجر قليلاً بالنسبة لما هو مستحق للمؤجر من أجرة.

١٠- يستنبط من نصوص القانون ومن أحكام محكمة التمييز الكويتية أنه في الإيجار الاستثماري يلزم المؤجر لطلب فسخ عقد الإيجار إذا لم يقم المستأجر بتنفيذ التزامه بدفع الأجرة أن يكون المؤجر الذي يطلب الفسخ مستعداً بدوره للقيام بالتزامه بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة.

يتضح من تلك النتائج التي منها ما هو مستخلص من النصوص القانونية، ومنها ما هو مستند إلى أحكام محكمة التمييز الكويتية، أن الإطار القانوني الذي يحكم التزام المستأجر في دفع الأجرة في عقد الإيجار العادي وعقد الإيجار الاستثماري هو إطار واحد، وإنما الاختلاف يقع في النتائج المترتبة على عدم دفع الأجرة، حيث لاحظنا أن في الإيجار العادي يتعرض المستأجر للأحكام القاسية المتعلقة بالإخلاء في حالة عدم

دفع الأجرة، أما في عقد الإيجار الاستثماري فإن القاضي يملك سلطة واسعة في عدم إجابة المؤجر لطلبه في إخلاء العين المؤجرة وفسخ العقد عند عدم دفع الأجرة في ظل تداعيات فيروس كورونا المستجد. **ومع ذلك نقترح على المشرع الكويتي إجراء بعض التعديلات لحماية المستأجر وحفظ حقوق المؤجر في ظل تداعيات فيروس كورونا، أو أي فيروس أو وباء آخر محتمل ظهوره في المستقبل. ومن هذه المقترحات الآتي:**

١ - تنظيم أحكام عقد الإيجار الاستثماري من خلال نصوص خاصة في القانون التجاري.

٢ - **تعديل** نص المادة (٥٨١) من القانون المدني ليصبح كالآتي: "١- إذا ترتب على عمل صدر من السلطة العامة في حدود القانون نقص كبير في انتفاع المستأجر **أو حرمانه من الانتفاع بشكل كامل**، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة **أو الإعفاء منها**، ما لم يكن عمل السلطة لسبب يعزى إليه. ٢- ولا يكون للمستأجر حق في التعويض قبل المؤجر إلا إذا كان عمل السلطة العامة قد صدر لسبب يكون المؤجر مسئولاً عنه. **٣- ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك**".

٣ - **إضافة عبارة** إلى نص المادة (٢٠) بند -١- من المرسوم بالقانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٨ ليصبح بعدها النص كالآتي: "استثناء من أحكام المادة (١٩) لا يجوز للمؤجر أن يطلب - ولو عند انتهاء مدة الإيجار - إخلاء العين المؤجرة فيما عدا الأراضي الفضاء - إلا لأحد الأسباب الآتية: ١- إذا لم يدفع المستأجر الأجرة المستحقة عليه وفق شروط العقد أو وفق الحكم الصادر بتحديدها خلال عشرين يوماً من تاريخ استحقاقها المقرر في المادة (١٠)، على أنه يجوز للقاضي أن يحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن مع إلزام المستأجر بالمصروفات إذا أثبت المستأجر أن تأخره يرجع إلى عذر قوي تقبله المحكمة، وأوفى حتى نهاية أول جلسة تم إعلانه بها إعلاناً صحيحاً بجميع الأجرة المستحقة، ويجوز تسليم الأجرة لكاتب الجلسة لإيداعها خزينة إدارة التنفيذ من دون إجراءات إذا رفض المؤجر استلامها، ولا يعتبر السفر أو الغياب عن البلاد من قبيل الأعذار المقبولة في التأخير عن دفع الأجرة، **ومع ذلك يجوز للقاضي إعطاء المستأجر مهلة لسداد المبالغ غير المدفوعة من الأجرة، خلال الفترة التي شملتها أعمال صادرة من السلطة العامة تتعلق بالعين المؤجرة محل الدعوى**".

٤ - إضافة نص جديد في القانون المدني فيما يتعلق بالإيجار: **مادة (......) "يجوز للقاضي إعطاء المستأجر مهلة لسداد المبالغ غير المدفوعة من الأجرة، خلال الفترة**

التي شملتها أعمال صادرة من السلطة العامة تتعلق بالعين المؤجرة محل الدعوى" .

ويهمنا في ختام بحثنا أن نبين بأن تداعيات فيروس كورونا المستجد (كوفيد-١٩) أثرت بشكل كبير على النشاط الاقتصادي في البلاد، وأوقفت حال عدد كبير من العمال بسبب تعطل الكثير من الأنشطة الحرفية والمهنية والتجارية، مما أدى إلى تعثر الكثير من المستأجرين سواء بغرض السكنى أو لممارسة نشاط معين، وذلك في التزامهم بدفع أجرة العين المؤجرة. حيث نرى بأن يكون للموضوع بعد إنساني في مراعاة ظروف هؤلاء المستأجرين، مما يعزز مفهوم التكافل الاجتماعي بين مكونات المجتمع، لعل الله يؤتيهم من بعد عسر يسراً.

المراجع والمصادر

أولاً - المراجع العربية:

إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية الالتزام، ١- المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة (التصرف القانوني)، ط١، ١٩٩٥، مطبوعات جامعة الكويت .

- أحمد السعيد الزقرد وفايز عبد الله الكندري، عقد الإيجار وفقاً لأحكام المرسوم بقانون ١٩٧٨/٣٥ وتعديلاته، ط١، ١٩٩٥، دون ناشر، الكويت.
- السيد خلف محمد، انتهاء عقد الإيجار، "لانتهاء مدة إقامة المستأجر الأجنبي بالبلاد وإقامة مبنى يتكون من أكثر من ثلاث وحدات في ضوء الفقه وأحكام النقض الحديثة"، ط١، ٢٠٠٠، دار الكتب القانونية، مصر.
- السيد محمد السيد عمران، عقد الإيجار في القانون الكويتي، ط١، ١٩٩٦، مؤسسة دار الكتب، الكويت.
- بدر جاسم اليعقوب، عقد الإيجار في القانون المدني الكويتي وقانون إيجار العقارات وفقاً لآخر التعديلات وعلى ضوء أحكام القضاء الكويتي، ط٤، ٢٠١٤-٢٠١٥، الكويت.
- حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج١ مصادر الالتزام، ط٢، ١٩٩٥، دار النهضة العربية.
- حسني المصري، القانون التجاري الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية، ١٩٩٥-١٩٩٦.
- سيد حسن البغال، المطول في شرح الصيغ القانونية للدعاوى والأوراق القضائية، تشريع - فقه - قضاء، مج ٤ في الالتزامات، ط١، ١٩٩٢، عالم الكتب، القاهرة.
- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، ج١ مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، مجلد ٢، ط١، ١٩٨٢، مطبوعات جامعة الكويت.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، العقد -العمل غير المشروع - الإثراء بلا سبب- القانون، ٢٠٠٤.

- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٦، الإيجار والعارية، بدون س ط، ٢٠٠٤.
- عبد الرسول عبد الرضا، جمال فاخر النكاس، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول: مصادر الالتزام والإثبات، ج١: المصادر الإرادية ج٢: المصادر غير الإرادية ج٣: الإثبات، ط٤، ٢٠١٤-٢٠١٥، مؤسسة دار الكتب، الكويت.
- عبد الفضيل محمد أحمد و د. أحمد حمد الرشود، العقود التجارية وعمليات البنوك في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، الطبعة الثالثة، ٢٠١٩ - ٢٠٢٠.
- فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط١، ٢٠٠٤، دار الجامعة الحديثة للنشر، الإسكندرية.
- فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، ط١، ١٩٧٧، دار النهضة العربية، القاهرة.
- فايز عبد الله الكندري، أثر استعمال العين في غير الغرض المؤجرة من أجله، تعليق على حكم المحكمة الكلية في الدعوى رقم ١٨٧٦/٢٠٠١ إيجارات كلي- حولي ٣ الصادر في ٣١ ديسمبر ٢٠٠١، مجلة الحقوق، العدد ٢ سنة ٢٧ يونيو ٢٠٠٣.
- محمد الخضراوي، الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية، الجديد نيوز، ٩مارس ٢٠٢٠، http//www.aljadidnews.
- محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات المصادر، ١- العقد - آثار العقد- جزاء الإخلال بالعقد، دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء التوجهات التشريعية والقضائية الحديثة وقانون العقود الفرنسي الجديد ٢٠١٦، ط١، ٢٠١٨، منشورات الحلبي الحقوقية.
- يعقوب يوسف صرخوه، العقود التجارية في القانون التجاري الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠، دراسة مقارنة، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٨٦.

ثانياً - المراجع الفرنسية:

- AUBERT (J-l), Le contrat, droit privé, connaissance de droit, Dalloz, 1éd, 1996.
- HUET (J), Les principaux contrats spéciaux, 2éd, Traité de Droit civil, 2001.L.G.D.J.

- LANDIVAUX(L), Contrats et coronavirus, un cas de force majeure? Ca dépend, Dalloz, actualité, contrat-responsabilité, 11 mai 2020.
- LE TOURNEAU (ph),FISCHER (j) et TRICOIRE (e), Principaux contrats civils et commerciaux, tout le droit, ellipses,2ème éd, 2005.
- MALAURIE (ph), AYNES (l) et GAUTIER (p-y), Les contrats spéciaux, Droit civil,Defrénois, 2004.
- MALINVAUD (PH), Manuel droit des obligations, 10ème éd, 2007, LITEC.
- PEDAMON (M) et KENFACK (H), Droit commercial, Dalloz, 3 ème éd, 2011.
- PICOD (y), L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, Le juge et l'exécution du contrat, Colloque I.D.A.Aix-en-provence, 28 mai 1993, Université d'Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille.
- SIMONT (L), Actualités du droit des baux commerciaux dans la jurisprudence récente de la cour de cassation, Actualités de quelques contrats spéciaux, Barreau de Bruxelles, ULB, Bruylant, 2005.
- TERRE (F), SIMLER (ph) et LEQUETTE (y), Droit civil, les obligations, 8ème éd, 2002, Dalloz.
- VERMELLE(G), Droit civil, Les Contrats Spéciaux, Mémentos, Dalloz.
- VINEY (G) et JOURDAIN (p), Traité de droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin, les conditions de la responsabilité, 2ème éd, 1998,L.G.D.J.

ثالثاً - أحكام القضاء الكويتي:

- الطعن بالتمييز رقم ١٩٨٩/٢٧ تجاري، جلسة ١٩٩٠/١/٨، غير منشور.
- الطعن بالتمييز رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٣ تجاري، جلسة ١٩٩٣/١١/٢٧، غير منشور.

- الطعن بالتمييز رقم ١٩٩٤/٣٣ مدني، جلسة ١٩٩٤/١/٢، غير منشور.
- الطعن بالتمييز رقم ٩٣/٨٤ تجارى، جلسة ١٩٩٤/٢/١، غير منشور.
- الطعن بالتمييز رقم ١٩٩٥/١٠٨مدني، جلسة ١٩٩٦/١٢/٩، غير منشور.
- الطعون بالتمييز أرقام ١٩٩٨/٢٨٥،٢٨٣،٢٨١ تجاري، جلسة ١٩٩٩/٤/٩، غير منشور.
- الطعن بالتمييز رقم ٩٨/٤٩٥ تجاري، جلسة ١٩٩٩/٥/٨، غير منشور.
- الطعنان بالتمييز رقما ١٢، ٢٠٠١/١٣ تجاري، جلسة ٢٠٠٢/٤/٨، غير منشور.
- الطعن بالتمييز رقم ٢٠٠٢/٢١٥ تجاري، جلسة ٢٠٠٢/١٠/٢٦، غير منشور.
- الطعن بالتمييز رقم ٢٠٠٣/١٠٠٥ تجاري، جلسة ٢٠٠٤/٦/١٦، غير منشور.
- الطعن بالتمييز رقم ٧٢٨ لسنة ٢٠٠٣، جلسة ٢٠٠٤/١٢/١١، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ٢٠٠٢/١/١ حتى ٢٠٠٦/١٢/٣١ في المواد التجارية والإدارية والمدنية والأحوال الشخصية والعمالية، المجلد الثالث، طبعة ديسمبر ٢٠٠٨، بند ١٨، ص ٤٢٠ و٤٢١.
- الطعنان بالتمييز رقما ٨٣، ٨٥ /٢٠٠٤، جلسة ٢٠٠٥/١١/٢١، غير منشور.
- الطعن بالتمييز رقم ٢٠٠٤/١١٧٩ تجاري، جلسة ٢٠٠٥/١٢/٧، غير منشور.
- الطعن بالتمييز رقم ٥٨١ لسنة ٢٠٠٣ تجاري، جلسة ٢٠٠٦/١٠/١، غير منشور.
- الطعن بالتمييز رقم ٤٩٨ لسنة٢٠٠٧ تجاري ٣، جلسة ٢٠٠٩/٢/١٧، غير منشور.
- الطعن بالتمييز رقم ٣٤٣ لسنة ٢٠٠٦ تجاري/٢، جلسة ٢٠٠٧/٦/١٧، غير منشور.
- الطعن بالتمييز رقم ١٠٦٠ / ٢٠٠٦ تجاري /٢، جلسة ٢٠٠٧/١١/١١، غير منشور.
- الطعن بالتمييز رقم ٢٠٠٧/١٢٢٠ تجاري/٣، جلسة ٢٠٠٨/١٢/٢، غير منشور.
- الطعن بالتمييز رقم ٩٢٩ لسنة ٢٠٠٧ تجاري ٣، جلسة ٢٠٠٩/٤/٧، غير منشور.

- الطعنان بالتمييز رقما ١٣٨، ١٣٩ / ٢٠٠٨ عمالي/٣، جلسة ٢٠١٠/٥/١٩، غير منشور.
- الطعنان بالتمييز رقما ٢٥٤، ٢٥٧/ ٢٠٠٩ تجاري٣، جلسة ٢٠١١/١/١٨، غير منشور.
- الطعون بالتمييز أرقام ١٦٢، ١٧٧، ١٨٣، ١٨٨/ ٢٠٠٨ تجاري١، جلسة ٢٠١١/٣/١٦، غير منشور.
- الطعن بالتمييز رقم ١٣٥٥ لسنة ٢٠٠٨ تجاري/٤، جلسة ٢٠١١/٣/١٧، غير منشور.
- الطعن بالتمييز رقم ٢٠٠٩/٤٢٨، إداري، جلسة ٢٠١١/٥/١٨، غير منشور.
- الطعنان بالتمييز رقما ٩٣٦، ٢٠١٢/٩٥٥ إداري/١، جلسة ٢٠١٣/٥/٢٢، غير منشور.
- الطعن بالتمييز والمقيد بالجدول برقمي ١١٨٨، ١٢١٦ لسنة ٢٠١٣ تجاري/٣، جلسة ٢٠١٤/٤/٢٩، غير منشور.
- الطعون بالتمييز أرقام ١١٨٠،١١٨٢،١٢٠٨ لسنة ٢٠١٤ تجاري /٢، جلسة ٢٠١٥/٢/١، غير منشور.
- الطعن بالتمييز رقم ٨٥ لسنة ٢٠١٣ تجاري/٥، جلسة ٢٠١٥/٣/١١، غير منشور.
- الطعنان بالتمييز رقما: ٥٣٠، ٥٤٢ لسنة ٢٠١٤ تجاري٥، جلسة ٢٠١٥/٤/١٥، غير منشور.
- الطعون بالتمييز أرقام ٢٠٣، ٢٠١٠، ٣٣٢، ٣٥٦ لسنة ٢٠١٢ تجاري/٣، جلسة ٢٠١٥/١٠/٢٧، غير منشور.
- الطعن بالتمييز رقم ٢٤٨٧ لسنة ٢٠١٣ تجاري/٢، جلسة ٢٠١٥/١٢/٢٠، غير منشور.

رابعاً - التشريعات الكويتية:

- قانون التجارة: المرسوم بالقانون رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠، جمعية المحامين الكويتية، طبعة ٢٠١٧.
- القانون المدني: المرسوم بالقانون رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠، جمعية المحامين الكويتية، طبعة ٢٠١٧.

- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، جمعية المحامين الكويتية، ٢٠١٧.
- قانون الإيجارات: المرسوم بالقانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٨ في شأن إيجار العقارات، جمعية المحامين الكويتية، طبعة ٢٠١٧.
- المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون في شأن إيجارات العقارات، جمعية المحامين الكويتية، طبعة ٢٠١٧.

خامساً – مراجع شبكة الإنترنت:

- <https://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>.
- <https://ar.wikipedia.org/wiki>.

The Extent of Impact of the repercussions of the Corona Virus Pandemic (Covid-19) on the Tenant's Obligation to pay the Fare in the Regular and Investment Lease Contract in Kuwaiti Law

Dr. Ali J. Buabbas
Dr. Michael M. J. Hayat

In our research, we discuss a topic that affects a large segment of those affected by the consequences of the emerging corona virus (Covid-19), namely the tenants, as the Cabinet of Ministers in the State of Kuwait issued many decisions to reduce the repercussions of the Corona virus, which resulted in that some tenants were unable to benefit from the use of the rented eye , as the total or partial closure of some professional, craft or commercial activities can affect the tenant's ability to fulfil his obligation to pay the fare. But will tenants for residential purposes be affected by these decisions as well? In order to demonstrate the impact of the virus consequences on rental contracts, we will go into depth to determine the legal adjustment of these consequences and their impact on the tenant's obligation to pay the rent. So, will we be in front of force majeure, emergency circumstances, or special circumstances stipulated in the laws relating to lease? And if it comes to one of them, will we be in front of circumstances determined by the judge when the tenant of his own accord did not pay the fee? This is what we are trying to answer in this research.

المسؤولية المدنية عن العمل التطوعي في القانون الكويتي: دراسة تحليلية مقارنة مع قانون تنظيم العمل التطوعي في إمارة دبي لسنة ٢٠١٨

الدكتور/ مرضي عبيد العياش
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

أهمية العمل التطوعي وشيوعه على المستوى الوطني لا سيما في أزمة فيروس كورونا المستجد، جعلتنا نتساءل عن المسؤولية المدنية الناجمة عن العمل التطوعي، في ظل ندرة الدراسات القانونية والأحكام القضائية في هذا الشأن، نظراً لعدم وجود قانون ينظم ذلك في معظم الدول العربية، لا سيما من جهة القانون الخاص؛ إذ من المعلوم أنه قد ينشأ عن العمل التطوعي، كغيره من الأعمال ضرر للمتطوع أو جهة التطوع أو الغير، فما الحكم القانوني في مثل هذه المسائل؟ وهذا التساؤل لا ينبغي الإجابة عنه إلا من خلال اتباع المنهج المقارن، وصفياً كان أو تحليلياً كلما قضت الحاجة إلى ذلك؛ وقد ارتأينا أن تنصب تلك المقارنة بين القانون الكويتي وقانون إمارة دبي لحداثته، مع الإشارة إلى بعض القوانين الأخرى. ونهدف من خلال هذه الدراسة إلى محاولة بحث تكوين العلاقة التطوعية من مفهومها وخصائصها وعناصرها، ومن ثم بيان أحكام المسؤولية المدنية المترتبة عليها. وخلصنا إلى أن العمل التطوعي غير منظم قانوناً في الكويت بشكل واف، وبالتالي لا مناص من تطبيق القواعد العامة عليه دون أدنى تخصيص، وذلك على خلاف إمارة دبي، التي نظمته تنظيماً دقيقاً؛ وأن العلاقة بين المتطوع والجهة المتطوع لديها، والعمل من قبيل المنفعة العامة، وسند تلك العلاقة العقد ولو لم يكن مكتوباً؛ أما إذا استهدف العمل مصلحة شخصية أو كان مقابل أجر انتفت صفة التطوع فيه؛ كما بينا مدى الحاجة إلى إلزام الجهة المتطوع لديها بتغطية المتطوع بتأمين ضد الإصابات والعدوى، وآخر ضد المسؤولية المدنية المترتبة على الإضرار بالغير.

وقد تبين من خلال هذه الدراسة أن علاقة المتطوع بجهة التطوع علاقة عقدية تخضع لقواعد القانون الخاص، وأن الجهة المتطوع لديها تكون مسؤولة عن الأضرار التي يحدثها المتطوع بالغير، على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه وفقاً للقواعد العامة، حيث تقوم هذه المسؤولية تبعاً لقيام مسؤولية المتطوع الشخصية، ولا سبيل لجهة التطوع في دفع مسؤوليتها إلا بنفي الخطأ ابتداء عن المتطوع نفسه. واستنتجنا أن التشريع الإماراتي خص المتطوع بقواعد متميزة للإعفاء من المسؤولية المدنية استثناء وفقاً لعدة ضوابط. ولكل ذلك نوصي

بأن يستفيد المشرع الكويتي من التشريعات المقارنة، وبالأخص القانون الإماراتي، ويتوج كل ذلك بقانون خاص متكامل ينظم ممارسة هذا العمل، فالواقع العملي يشير إلى تزايد ممارسة هذا العمل دون وجود ضوابط خاصة تحمي تلك العلاقة التطوعية، سواء بين الطرفين أو تجاه الغير. وهكذا كان لابد أن تبدأ دراستنا بتكوين علاقة التطوع كمبحث أول، ثم أحكام المسؤولية عنها في مبحث ثان.

مقدمة:

عرف العالم أجمع العمل التطوعي منذ القدم، فالطبيعة البشرية ميّالة إلى عمل الخير، والمجتمعات بشتى أنظمتها تكاد لا تخلو من العمل التطوعي، لأنه يهدف إلى تحقيق منفعة عامة ومصلحة وطنية. وفي هذا الوقت، لم يعد العمل التطوعي – كما كان في السابق – يستهدف فئة الفقراء لتقديم المساعدات لهم في الحروب والكوارث والمحن(١)، بل إنه صار يجوب المجتمعات ويستهدف كل فئاتها، وباتت الدول تسعى لتعزيزه وتنمية المسؤولية المجتمعية لدى الأفراد، وذلك بغرسه في نفوسهم، وجعله كثقافة عامة لديهم، فالعمل التطوعي يزرع روح المبادرة ويشجع على المشاركة الإيجابية، في جميع الأنشطة التي تعود بالفائدة على المجتمع، بل وعلى المتطوعين أنفسهم، باستثمار أوقات الفراغ لديهم، وإطلاق طاقاتهم البشرية.

أهمية البحث وأهدافه:

ولذلك فقد انتشر العمل التطوعي في نطاق واسع وذاع صيته، وازدادت أهميته في كل المجتمعات، وصار الأفراد والمؤسسات يسعيان إليه بشكل متزايد، لما فيه من فائدة عامة للمجتمع؛ وقد بدا ذلك بصورة جلية في المجتمع الكويتي عندما اجتاح فيروس كورونا المستجد العالم، وتسبب في تعطيل جميع جوانب الحياة، فهب المتطوعون للعمل التطوعي لنصرة الوطن، ومساعدة أفراد المجتمع في سد حاجاتهم(٢)، بعد النقص الشديد في بعض الأعمال، نتيجة فرض حظر التجول الشامل، وعزل المناطق، وإغلاق المطارات، وتعطيل جميع مؤسسات الدولة العامة والخاصة والأهلية من قبل السلطة العامة، ورغم كل هذه الممارسات التطوعية مازال لا يوجد قانون ينظم هذه الأعمال التطوعية، ويحفظ حقوق المتطوعين أو جهات التطوع أو الغير؛ لذا فإننا نهدف من خلال هذه الدراسة إلى

---

(١) المادة (٢/ثانياً-٨) من المرسوم بقانون رقم (٢١) لسنة ١٩٧٩ في شأن الدفاع المدني.

(٢) وبشكل خاص في مجال المستلزمات الغذائية والمساعدة الصحية، فقد اكتظت الجمعيات التعاونية بالمتطوعين الكويتيين للعمل على إدارة الأمن الغذائي وتوصيل السلع للمحتاجين، وتنظيم عملية الدخول والخروج، وتوزيع الوجبات الغذائية للمحتاجين في المناطق المعزولة، وما شابه ذلك. وفي المجال الصحي شارك المتطوعون وزارة الصحة في تنظيم عملية الفحص الطبي، وترتيب المحاجر وتوصيل الأدوية للمحتاجين.

محاولة بحث تكوين العلاقة التطوعية من حيث مفهومها وبيان خصائصها وعناصرها، ومن ثم التوصل لأحكام المسؤولية المدنية المترتبة عليها، كل ذلك من أجل إبراز الحماية اللازمة – من وجهها السلبي – لما قد يترتب عن العمل التطوعي.

إشكالية البحث:

وأهمية العمل التطوعي وشيوعه على المستوى الوطني، جعلتنا نتساءل عن المسؤولية المدنية الناجمة عن العمل التطوعي، في ظل ندرة الدراسات القانونية والأحكام القضائية في هذا الشأن، لا سيما في مجال القانون الخاص(٣)؛ إذ من المعلوم أنه قد ينشأ عن العمل التطوعي(٤)، كغيره من الأعمال، ضرر للمتطوع أو جهة التطوع أو الغير، فما الحكم القانوني في مثل هذه المسائل؟ وهذا التساؤل لا تتأتى الإجابة عنه، إلا من خلال معرفة التنظيم القانوني الذي يحكم العمل التطوعي، كمفهومه، وطبيعة العلاقة بين المتطوعين والجهات المتطوع لديها(٥). ولما كانت الدراسة قاصرة على المستوى الوطني(٦)، وفي إطار القانون الخاص تحديداً، فقد لجأنا أولاً إلى النظام القانوني الكويتي في شتى فروعه، وتبين لنا – كما أسلفنا – عدم وجود قانون ينظم العمل التطوعي على وجه الاستقلال والتخصيص(٧).

(٣) والحقيقة أنه لم يتسن لنا الحصول على مراجع متخصصة في هذا الموضوع، ولم يتيسر لنا الحصول على أحكام قضائية تعيننا عليه، فلم يكن لدينا سوى محاولة تطويع القواعد العامة وتحليل القوانين الخاصة في هذا الشأن.

(٤) وما يهمنا في هذه الدراسة هنا العمل التطوعي بالمعنى الدقيق له، أي ما يكون محله "أداء عمل" وليس "مالاً" كالتبرعات:

Qui ne comporte pas une transmission de biens mais de services.

(٥) ويمكن أن تسمى أيضاً جهات التطوع أو الجهة المنظمة للعمل التطوعي، أو المؤسسة التطوعية وما شابه من مسميات تصب في المعنى نفسه.

(٦) دون العمل التطوعي على المستوى الدولي.

(٧) ولا ينال من ذلك صدور بعض القوانين أو المراسيم أو القرارات: كالقانون رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٢ بشأن الأندية وجمعيات النفع العام الذي ينظم تأسيس تلك الأندية والجمعيات ومواردها، فهذه الجمعيات وإن كانت لا تسعى للربح وتستهدف القيام بنشاط اجتماعي أو ثقافي أو خيري، وتمارس إلى جانب عملها بعض الأعمال ذات الصبغة التطوعية، إلا أنها غير مختصة بالعمل التطوعي ولم يشر قانونها لذلك. وكذلك لا يقدح في قولنا صدور المرسوم رقم (٧٧) لسنة ٢٠٠٤ بإنشاء مركز العمل التطوعي، الذي يهدف إلى القيام بالأعمال والمشروعات التطوعية التي يناط بها خدمة المجتمع، فهذا المرسوم لم يتعرض إلا لآلية تأسيسه واختيار أعضائه وأهداف إنشائه بشكل عام، دون أن يشير لغيره من حقوق وواجبات ومسؤوليات المتطوع أو الجهة المتطوع لديها. وهكذا هي القرارات المتعلقة بالعمل التطوعي تهدف فقط أن تكون سنداً لإنشاء جمعية تطوعية أو مركز أو فريق مع بيان أهدافه =

منهج البحث:

ومن هذا المنطلق كان لابد من اللجوء إلى القواعد العامة للمسؤولية في القانون المدني، لمحاولة معرفة مدى استيعابها للعمل التطوعي تارة، ومدى إمكانية تطويعها لهذا الأمر تارة أخرى؛ ولأن هذا ليس كافياً للإحاطة بموضوع البحث(٨)، فكان لابد لنا أن نتجه صوب القانون المقارن، للبحث عن قانون نموذجي يفي بهذا الغرض، يرافقنا في هذه الدراسة لحظة بلحظة، دون إغفال القواعد العامة، وقد وقع اختيارنا على القانون رقم (٥) لسنة ٢٠١٨ بشأن تنظيم العمل التطوّعي في إمارة دبي(٩)، لعلنا في عرضه وتحليله ومقارنته بالقواعد القانونية الأخرى، نستطيع أن نجد الإجابات الوافية عن تساؤلاتنا المطروحة، وبيان أوجه الكفاية والقصور في النظام القانوني الكويتي، مع الإشارة إلى بعض القوانين الأخرى كلما اقتضى الأمر ذلك(١٠).

خطة البحث. وعلى ذلك، فإن هذه الدراسة، سوف تتناول الآلية القانونية لتكوين العلاقة التطوعية: ببيان مفهومها وصولاً إلى طبيعتها، ومن ثم عرض أهم عناصرها والالتزامات العقدية الناشئة عنها؛ ثم دراسة أحكام المسؤولية المدنية التقصيرية لكل من الجهة المتطوع لديها والمتطوع.

وفي ضوء ما سبق، سوف تكون خطة الدراسة على النحو الآتي:

المبحث الأول: تكوين علاقة التطوع.

المطلب الأول: مفهوم العمل التطوعي.

= كما سنرى؛ بل أن الجمعيات التعاونية - التي تعمل في ظل القانون رقم (٢٤) لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم (١١٣) لسنة ٢٠١٣ بشأن الجمعيات التعاونية - وهي من أكثر المؤسسات استعانة بالمتطوعين خلال جائحة فيروس كورونا المستجد، لا يوجد في قانونها أي تنظيم واضح للعمل التطوعي. أما القرار الوزاري الصادر من وزارة الشؤون الاجتماعية برقم (٢٤٧/أ) لعام ٢٠١٤، بشأن لائحة تنظيم فرق العمل التطوعي المسجلة لدى الوزارة، الذي عمل به اعتباراً من ٢٠١٥/٣/١، فإنه قاصر على آلية تسجيل فرق العمل التطوعي في الوزارة دون غيرها، ولا يجيب إطلاقاً عن كل التساؤلات المطروحة، ولا يتضمن حقوق المتطوعين وواجباتهم أو غيره مما يعنينا في نطاق الدراسة.

(٨) كلما كان ذلك ممكناً، لعله يسهم بتشجيع الباحثين في دراسات أخرى تعالج ما قصرنا فيه، وتتدارك ربما ما لم نصبه، فهذه الدراسة ليست إلا مبادرة حاولنا فيها أن نبذل ما بوسعنا لتخرج بهذا الشكل.

(٩) وقد يشار إليه بعدة صور في البحث: كالقانون الإماراتي أو المشرع في دبي، فكل ذلك نقصد منه هذا القانون.؛ فضلاً عن الإشارة إلى بعض قوانين الدول الأخرى كلما كان ذلك ممكناً.

(١٠) كالقانون التونسي والفرنسي والبلجيكي من باب التزيد المحمود.

المطلب الثاني: عناصر اتفاق التطوع.

المطلب الثالث: الالتزامات الناشئة عن اتفاق التطوع.

المبحث الثاني: أحكام المسؤولية المدنية عن العمل التطوعي.

المطلب الأول: مدى انطباق مسؤولية المتبوع على الجهة المتطوع لديها.

المطلب الثاني: مسؤولية الجهة المتطوع لديها.

المطلب الثالث: المسؤولية الشخصية للمتطوع.

المبحث الأول
تكوين علاقة التطوع

تمهيد وتقسيم:

لا يمكن الوصل إلى حقيقة العمل التطوعي إلا بفهم تكوين علاقة التطوع التي تنبثق من عدة جوانب، أهمها مفهوم العلاقة في العمل التطوعي، إذ لا يهدف من خلالها كل من المتطوع أو الجهة المتطوع لديها بالقيام بالعمل التطوعي لتحقيق منفعة شخصية، حيث يتسم هذا العمل بأدائه دون مقابل؛ والعمل التطوعي ليس على نمط واحد بل متنوع، وقد يتخذ عدة صور، ومن خلال عرض خصائص العلاقة التطوعية والعناصر التي تقوم عليها لا سيما سند القيام بها، يتضح بأنها لا تعدو أن تكون سوى علاقة اتفاقية أو بالأحرى هي عقد بين المتطوع والجهة المتطوع لديها، تحت إشراف الجهة المختصة في الدولة، وفيه تتحدد الالتزامات الناشئة عن هذا العقد، والتي يجب على الطرفين احترامها، وفي حال إخلال أحدهما بتلك الالتزامات تثور مسؤوليته عن ذلك. وكما سبق أن قدمنا سوف ترتكز الدراسة على قانون إمارة دبي في هذا الشأن. ومن هذا المنطلق سوف ندرس مفهوم علاقة التطوع (المطلب الأول)، ثم عناصر اتفاق التطوع (المطلب الثاني)، ونختم بالالتزامات الناشئة عن اتفاق التطوع (المطلب الثالث).

المطلب الأول
مفهوم علاقة التطوع

تتعدد التعريفات التي أطلقها كل من الفقه والقانون على العمل التطوعي ولكنها تصب في معنى واحد؛ وهذا لا يعني أنها على صورة واحدة، بل إن تشجيع العمل التطوعي وتطويره يقتضي أن يتخذ عدة صور أو أشكال؛ فمن خلال تعريف العمل التطوعي وبيان صوره، سوف تتضح معنا خصائصه التي من خلالها تتبين طبيعة تلك العلاقة. ولذلك نبدأ بتعريف العمل التطوعي (أولاً)، فصوره (ثانياً)، ثم خصائصه (ثالثاً).

أولاً – التعريف بالعمل التطوعي:

تتعدد التعريفات التي أخذت بها التشريعات الوطنية للعمل التطوعي بشكل

(١١) انظر في مدى علاقة مفهوم العمل التطوعي والوقف في الشريعة الإسلامية: محمد التوجي وبحماوي عبد الله: العلاقة بين الوقف والعمل التطوعي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد (٧)، العدد (٤)، أكتوبر ٢٠١٨، ص٣٣٨.

عام[11]، أو اتفاق التطوع بشكل خاص[12]؛ وقد قدمنا بأنه لا يوجد قانون متكامل ينظم العمل التطوعي في الكويت، كل ما هنالك قرار وزاري صادر من وزارة الشؤون الاجتماعية ينظم فقط تشكيل الفرق التطوعية، وتسجيلها لدى الوزارة[13]. وقد عرفت هذه اللائحة العمل التطوعي بشكل عام بأنه:" هو كل بذل للجهد يقوم به فرد أو جماعة طواعية بهدف تحقيق الصالح العام والمنفعة العامة، داخل وخارج الكويت، دون أي دعم مباشر من قبل الدولة. أما المتطوع فهو: كل من يعمل بدون مقابل لتقديم خدمة للمجتمع يستهدف بها تحقيق الصالح العام، ويستثنى من ذلك الأعمال التي يقوم فيها الفرد لأسباب عائلية أو خاصة، ولا يمنح المكلفون بإدارة الفريق أي مرتب أو مكافأة عن الأعمال المعهودة إليهم بها بصفتهم هذه"[14].

أما قانون إمارة دبي بشأن العمل التطوعي، فقد عرف العلاقة التطوعية بدقة أكثر، وفي ذلك قضت المادة (٢) من القانون المذكور بأن العمل التطوعي هو: "كل عمل يهدف إلى تحقيق منفعة عامة ينفذ ضمن إطار منظم بموجب اتفاق التطوع، يشارك بموجبه المتطوع بمحض اختياره خارج نطاق عائلته سواء بوقته أو جهده أو مهاراته دون أن يهدف إلى تحقيق عائد مادي لنفسه. أما المتطوع فهو: "كل من يسخّر نفسه طواعية بلا إكراه أو ضغوط ودون أجر لأداء العمل التطوعي". والبين أن القانون الإماراتي كان أكثر دقة بوصفه للعمل التطوعي وتنظيمه بشكل عام، دون أن يحصره فقط على تأسيس الفرق التطوعية[15]، بل أدخله صراحة في الجانب الاتفاقي، عندما قرر بأن العمل التطوعي ينفذ ضمن إطار منظم بموجب اتفاق التطوع، الذي

---

(١٢) ورغم أن الدستور الكويتي لم يعرف العمل التطوعي، إلا أنه يمكن أن نفهم من نص المادة (٢٥) أن تضامن المجتمع خاصة في الكوارث والمحن يقتضي بالضرورة القيام بالعمل التطوعي ودعمه. انظر في ذلك بعض التعريفات الأخرى من وجهة نظر القانون الدولي: ندى الدعيج: النظام القانوني للعمل التطوعي، دراسة في القانون الدولي والمقارن، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، مجلد ٥٢، العدد رقم ١، يناير ٢٠١٠، ص٥٣٩.

(١٣) القرار الوزاري رقم (٢٤٧/أ) لعام ٢٠١٤، بشأن لائحة تنظيم فرق العمل التطوعي المسجلة لدى الوزارة، الذي عمل به اعتباراً من ٢٠١٥/٣/١. والفريق التطوعي وفقاً لهذا القرار: "كل مجموعة لا تقل عن خمسة أشخاص طبيعيين تهدف إلى تحقيق الصالح العام، وتكون نشاطاتها داخل وخارج دولة الكويت".

(١٤) المادة (١) من القرار الوزاري سالف البيان.

(١٥) كما هو الشأن في لائحة تنظيم العمل التطوعي التي كانت قاصرة على آلية تأسيس الفرق التطوعية، وطرق تشكيلها وتسجيلها دون أن يكون هذا القرار شاملاً للعمل التطوعي برمته، فضلاً عن أنه لم يتطرق إطلاقاً لحقوق المتطوعين وجهات التطوع والتزاماتهم، كما لم يشر إلى الطبيعة القانونية لاتفاق التطوع ولا المسؤولية المترتبة عليه.

عرفه بأنه:" اتفاق كتابي ينظم العلاقة بين المتطوع والجهة المتطوع لديها"[١٦]. كما حدد المشرع الإماراتي المقصود بالجهة المتطوع لديها بأنها تشمل أي جهة حكومية أو جهة خاصة، بما في ذلك المنشأة الأهلية المرخص لها بالعمل في دبي[١٧].

أما القانون البلجيكي بشأن حقوق المتطوعين[١٨]، فقد عرف العمل التطوعي: بأنه ذلك النشاط الذي يمارس طواعية دون أجر؛ بحيث يكون العمل التطوعي موجهاً لشخص أو أكثر من الجمهور، وليس للشخص نفسه أو لمجموعته التي يعمل من ضمنها؛ وبشرط أن يكون خارج نطاق الأسرة أو النطاق الشخصي للفرد الذي يمارس النشاط؛ وألا يباشر هذا النشاط في إطار عقد العمل أو عقد الخدمة أو الوكالة. أما المتطوع: فهو أي شخص طبيعي يقوم بالعمل التطوعي وفقاً للمفهوم الذي ذكرناه سلفاً. أما الجهة المنظمة للعمل التطوعي فهي تلك الجمعيات الواقعية أو ذات الشخصية المعنوية سواء أكانت عامة أم خاصة التي تستقطب المتطوعين دون أن تهدف إلى الربح.

ومن خلال التعريفات المذكورة، يتبين لنا بأن نطاق تطبيق قانون التطوع الإماراتي أو البلجيكي، يشمل جميع الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين الذين يقومون بأي عمل أو نشاط ذي صلة بالعمل التطوعي[١٩]. ومن هذا يتضح أن العمل التطوعي ليس قاصراً على الأفراد أو المؤسسات، بل يتنوع إلى عدة أنواع، وهو ما نعرض إليه الآن.

ثانياً – صور العمل التطوعي:

لم يعد العمل التطوعي بدائياً كما كان، فلم يعد قاصراً على الأفراد، بل يمتد إلى الشخص الطبيعي والمعنوي، كما أنه ليس محصوراً بالأعمال العامة التي قد يجيدها جميع الأشخاص، بل قد يكون أيضاً تخصصياً[٢٠]؛ ونتيجة لذلك قد يكون العمل التطوعي عملاً تخصصياً أو مؤسسياً أو أشبه بالعمل الفردي، فلا هو مؤسسي ولا تخصصي، وهذا هو النهج الذي سار عليه المشرع الإماراتي في قانون تنظيم العمل التطوعي.

---

(١٦) المادة (٢) من القانون المذكور أعلاه.

(١٧) المادة (٢) من القانون المذكور أعلاه.

(١٨) المادة (٣) من القانون المتعلق بحقوق المتطوعين البلجيكي رقم (٥٩) الصادر في ٣ يوليو ٢٠٠٥. والقانون البلجيكي - كالقانون الإماراتي - يتعامل مع علاقة التطوع بأنها علاقة عقدية كما سوف نرى.

(١٩) وذلك على خلاف القرار الوزاري الكويتي بشأن لائحة تنظيم فرق العمل التطوعية المذكور سلفاً الذي جاء قاصراً في محتواه التنظيمي على تأسيس فرق العمل دون سواها.

(٢٠) انظر: المادة (٣) من القانون الإماراتي، والمادة (٣) من القانون البلجيكي بهذا الشأن.

نظمت المادة (٧) من القانون المذكور ضوابط العمل التطوعي التخصصي. وقد عرفه المشرع بأنه: "العمل التطوعي الذي يتطلب أداؤه مؤهلات أو خبرات أو شروط معينة في المتطوع تتجاوز الشروط الواجب توافرها فيه للقيام بالعمل غير المتخصص"[(٢١)]. ولذلك يتطلب القانون للقيام بالعمل التخصصي ترخيصاً خاصاً من هيئة تنمية المجتمع بعد موافقة الجهة المتطوع لديها، فضلاً عن استيفاء الشروط اللازمة في هذا القانون، بما فيها كافة الاشتراطات المطلوبة لمزاولة المهنة المتعلقة بالعمل التطوعي التخصصي، والإذن اللازم من الجهة المختصة بمثل هذا العمل، وفقاً للمعايير الفنية التي تحددها الجهة المتطوع لديها، كالعمل التطوعي الطبي يفترض أن يكون القائم عليه طبيباً أو ممرضاً مختصاً، ومرخصاً له من الجهات الصحية قبل مزاولة أي نشاط تطوعي في هذا الشأن[(٢٢)]. وأخيراً فإن العمل التطوعي التخصصي قد يكون أيضاً مؤسسيّاً في الوقت ذاته.

وقد عرض المشرع في دبي إلى العمل التطوعي المؤسسي في المادة (٨) من القانون المذكور. ويمكن تعريفه بأنه: "العمل التطوعي الذي تنفذه الجهات الحكومية أو الجهات الخاصة، بما فيها المنشأة الأهلية في الإمارة من خلال المنتسبين إليها"[(٢٣)]. فالمشرع – بهذا القانون – شجع جميع مؤسسات الدولة العامة والخاصة على الانخراط في العمل التطوعي[(٢٤)]، والعمل على اعتباره جزءاً لا يتجزأ من المسؤولية الاجتماعية لتلك الجهات؛ وعلى إثر ذلك أجاز المشرع، تخصيص أوقات معينة أثناء ساعات العمل الرسمي لموظفي الجهات الحكومية والمؤسسات الخاصة، لتمثيل هذه

---

(٢١) المادة (٢) من القانون المذكور.

(٢٢) على خلاف - مثلاً - العمل التطوعي في تنظيم العمل في الجمعيات أو الأسواق في أوقات المحن والكوارث كما حدث في أزمة فيروس كورونا، أو تنظيم الدور عند أخذ المسحات الطبية من قبل المختصين، أو العمل على توزيع الوجبات الغذائية للمحتاجين. فكل تلك الأعمال التطوعية لا تعتبر أعمالاً تخصصية، وبإمكان جميع الأفراد القيام بها دون حاجة إلى توافر خبرات أو شهادات أو تراخيص معينة.

(٢٣) والمقصود بالمنشأة الأهلية، هي تلك الجمعية الأهلية أو المؤسسة الأهلية التي تم تأسيسها بموجب التشريعات السارية في إمارة دبي. المادة (٢) من القانون الإماراتي المذكور.

(٢٤) والمشرع الفرنسي يدعو إلى ذلك أيضاً:
Loi no 2006-586 du 23 mai 2006 relative au volontariat associatif et a? l'engagement e?ducatif en France. Voir l'article 1 qui dispose que: Toute association de droit franc?ais ou toute fondation reconnue d'utilite? publique... peut conclure un contrat de volontariat avec une personne physique.

الجهات للمشاركة بالأنشطة التطوعية دون المساس بحقوقهم الوظيفية، بحيث تحتسب عدد الساعات التي شارك فيها الموظف بتمثيل جهته في الأنشطة التطوعية المؤسسية من ضمن ساعات الأعمال التطوعية المعتمدة لدى هيئة تنمية المجتمع(٢٥). وقد حمل القانون الجهات الحكومية والخاصة مسؤولية التنسيق مع الجهة المتطوع لديها، قبل ترشيح موظفيها للقيام بالعمل التطوعي المؤسسي، كما ألزمها بتحمل مسؤولية وتبعات الأعمال التطوعية التي يؤديها هؤلاء الموظفون لدى الجهة المتطوع لديها(٢٦). وهكذا فالعمل التطوعي المؤسسي قد يكون تخصصياً وقد يكون غير تخصصي، المهم ألا يكون عبر الأفراد مباشرة – أو بالأحرى الفرق التطوعية – بل عن طريق مؤسسات الدولة.

إذ أجاز المشرع في دبي أن يكوّن الأفراد فيما بينهم فريقاً للقيام بأعمال التطوع بشكل جماعي في المجالات ذات الاهتمام المشترك، بشرط أن يقيد هذا الفريق في قاعدة البيانات المعتمدة لدى هيئة تنمية المجتمع، والحصول على ترخيص من الهيئة المذكورة بعد استيفاء الشروط اللازمة في هذا الشأن. وعلى خلاف العمل التطوعي المؤسسي، يتحمل كل متطوع في فريق العمل التطوعي مسؤولية وتبعات ما يؤديه من أعمال تطوعية قد تسبب ضرراً بالغير(٢٧). ومن خلال ما سبق يبدو لنا جلياً بأن العلاقة التطوعية تتميز عن غيرها بعدة خصائص.

ثالثاً – خصائص علاقة التطوع:

لما كان القانون الكويتي لم ينظم تشريعاً خاصاً يُعنى بعلاقات العمل التطوعية التي تزداد يوماً بعد يوم، فإننا سوف نواجه تلك العلاقة من خلال القواعد العامة والقانون الإماراتي المذكور؛ فتسليط الضوء سلفاً على تعريف العمل التطوعي وأنواعه، يتضح منه أن العمل التطوعي لا يعدو أن يكون سوى علاقة اتفاقية بين المتطوع والجهة المتطوع لديها تحت إشراف وتوجيه الدولة(٢٨)، وتتميز هذه العلاقة بعدة خصائص.

---

(٢٥) وهي الهيئة الحكومية المناط بها تطبيق هذا القانون. انظر في اختصاصاتها: نص المادة (٥) من القانون المذكور.

(٢٦) كما سنرى في المبحث الثاني من هذا البحث عند تناول قواعد المسؤولية المدنية للجهات التي تشرف على المتطوعين.

(٢٧) فالمسؤولية هنا شخصية كما سنرى في حينه.

(٢٨) محمد حسين منصور: مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص٥١.

فعلاقة التطوع ما هي إلا اتفاق عقدي(٢٩)، يبرم بالإرادة المشتركة بين طرفين: المتطوع من ناحية والجهة المتطوع لديها من ناحية أخرى، ولا يمكن إكراه أي شخص للدخول في اتفاق التطوع، ولكن فكرة العقدية فيه ليست مطلقة، كحال العديد من العلاقات العقدية التي تتدخل الدولة في تنظيمها حماية للنظام العام أو أحد الأطراف(٣٠)، ولذلك يمكن اعتبارها من ضمن عقود القانون الخاص حتى لو فرضت الدولة بعض القيود على تكوين تلك العقود أو آثارها(٣١). والأصل أن يكون العقد التطوعي رضائياً دون حاجة لأي شكلية خاصة، وهذا هو الحال في النظام الكويتي الذي لم ينظم عقد التطوع(٣٢) وبالتالي يعتبر عقداً غير مسمى(٣٣)؛ إلا أن المشرع في دبي فضّل أن يكون عقداً كتابياً(٣٤)، بل ونموذجياً أي يكون معداً سلفاً – في بعض جوانبه وفقاً لمتطلبات القانون – من قبل هيئة تنمية المجتمع(٣٥).

---

(٢٩) يبدو أن المشرع الإماراتي يفضل استخدام لفظ "اتفاق" على لفظ "عقد"، على خلاف المشرع التونسي في قانون العمل التطوعي رقم (٢٦) لسنة ٢٠١٠. وقد يكون المشرع الإماراتي متردداً في اعتباره عقداً بالمعنى الضيق نظراً لدور الدولة الكبير في إعداده أو تنظيمه، إلا أن ذلك لا ينفي عنه صفة العقد وفقاً للقانون الخاص من وجهة نظرنا، شأنه في ذلك ربما سيكون، شأن عقد العمل الذي يرى - بعض الفقهاء - بأنه يخالطه فكرة النظام القانوني نظراً لانحسار دور الإرادة العقدية فيه، فصار يراه البعض بأنه علاقة عمل وليس عقد عمل. انظر في ذلك: عبد الفتاح عبد الباقي: أحكام قانون العمل، دون دار نشر، ١٩٩٣، ص١٧٠ وما بعدها.

(٣٠) مثل علاقات العمل وعقود الاستهلاك وغيرها من العقود التي يكون للدولة فيها دور بالحد من مبدأ سلطان الإرادة.

(٣١) وهذا ما أخذ به صراحة القانون التونسي رقم (٢٦) لسنة ٢٠١٠ المتعلق بالعمل التطوعي، إذ نص في الفصل الرابع منه على أن عقد التطوع هو: "اتفاق كتابي محدد المدة ينظم العلاقة بين المتطوع والمنظمة حسب مقتضيات هذا القانون". والمقصود بالمنظمة هنا الجهة المنظمة للعمل التطوعي أو الجهة المتطوع لديها كما يسميها المشرع الإماراتي.

(٣٢) وبالتالي تكون القواعد العامة هي الحاكمة في مثل هذا العقد. ولن يغير من وجهة نظرنا القرار الوزاري بشأن لائحة تنظيم فرق العمل التطوعي الذي تتطلب في المادة (٦) منه أن تكون هناك وثيقة مكتوبة لفريق العمل التطوعي؛ ذلك أن هذا المتطلب يخص تأسيس الفريق فقط، دون أن يتعرض إطلاقاً لاتفاق التطوع.

(٣٣) S. Hennion-Moreau: Rresponsabilités des bénévoles et des salaries,, 2005, N., 4, p. 415.

(٣٤) كما سوف نرى في المطلب الثاني من هذا المبحث.

(٣٥) انظر: نص المادة (٥/٥) والمادة (١٢) من القانون المذكور أعلاه.

(٣٦) J. Savatier, Entre bénévolat et salariat: le statut des volontaires pour le développement, sous Cass. soc. 26 octobre 1999, D. soc. 2000, p. 148.

ولما كان العمل التطوعي يهدف إلى تحقيق المنفعة العامة بلا أجر ودون عائد مادي(٣٦)، فإن عقد التطوع نتيجة لذلك يعتبر من عقود التفضّل التبرعية، وليس من عقود المعاوضات التي يعطى فيها كل طرف مقابلاً لما يحصل عليه، وهذا أكثر ما يميز عقد التطوع عن عقد العمل(٣٧). فالمتطوع يتبرع بجهده ووقته للقيام بعمل معين لا ينتظر منه مقابل، فإذا طلب مقابلاً لعمله انتفت عن العقد الصفة التطوعية(٣٨)، إلا أن ذلك لا يعني عدم تكريمه تقديراً لجهوده، وتشجيعاً له في المستقبل لحثه على العمل التطوعي(٣٩).

ويعتبر عقد التطوع من العقود الزمنية الواردة على العمل(٤٠)؛ فالمدة ركن أساسي فيه، والمتطوع يسخر وقته أو جهده أو مهاراته لفترة من الزمن لأداء العمل التطوعي(٤١)، كما أن اتفاق التطوع لا يرد على سلعة أو مبلغ من النقود، بل على المتطوع نفسه بالنسبة لأداء العمل التطوعي المطلوب ووقته وظروفه، لذا فإنه من العقود التي يدخل فيها الاعتبار الشخصي، سيما بالنسبة للمتطوع، فإذا استقطبت جهة التطوع فرداً لأداء نوع من أنواع العمل التطوعي، فإنه لا يجوز له من بعد تكليف غيره به(٤٢)، بل يجب عليه القيام به بنفسه، ولأن شخصية المتطوع محل اعتبار، فلا خلافة في عقد التطوع الذي ينقضي بقوة القانون بوفاة المتطوع أو إصابته بما يحول بينه وبين القيام بالعمل التطوعي(٤٣). كما يمكن اعتبار عقد التطوع – وعلى خلاف

---

(٣٧) خالد الهندياني وعبد الرسول عبد الرضا: شرح أحكام قانون العمل الكويتي الجديد، ط١، دون دار نشر، الكويت، ٢٠١٠، ص ١٤٣.

(٣٨) ومن ثم صار أجراً وأمسى أشبه بالعامل الأجير: مرضي العياش وسامي الهذال: أجر العامل وجائحة فيروس كورونا: مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد السادس، يونيو ٢٠٢٠، ص ١٥٠ وما بعدها.

(٣٩) ورغم أن المشرع الإماراتي لم يعرض إلا للتكريم المعنوي (شهادة شكر وتقدير) في المادتين (٢/١١، ٦/١٥) إلا أننا نعتقد أن المكافأة المالية يمكن اعتبارها من ضمن التقدير والتشجيع، مادام المتطوع قد قام به بحسن نية، وربما يمكن لنا أن نفهمه من نص المادة (١١/٥)، وكذلك نص المادة (٤/١٧)؛ وقد كان المشرع التونسي أكثر وضوحاً في هذا الخصوص، إذ نص صراحة في الفصل السابع عشر من قانون العمل التطوعي على جواز منح المتطوع مكافأة مالية.

(٤٠) عبد الخالق حسن أحمد: مصادر الالتزام، كلية القانون وعلوم الشرطة (أكاديمية شرطة دبي)، مطبعة الفجيرة الوطنية، ط ١، ٢٠٠٣، الإمارات العربية المتحدة، ص٢٧.

(٤١) A. Etienney: La durée de la prestation, L.G.D.J, 2009, p. 295.

(٤٢) من دون موافقة الجهة المتطوع لديها وفقاً للإجراءات والاشتراطات المتبعة في هذا الشأن.

(٤٣) المادة (٤/١٥) من قانون تنظيم العمل التطوعي الإماراتي.

الأصل العام – عقداً غير لازم، إذ إن طبيعة العقود الزمنية تتنافى مع قاعدة لزوم العقد، إعمالاً لمبدأ عدم أبدية العقود الزمنية التي يُمكّن غالباً أحد طرفيه بإنهائه بالإرادة المنفردة دون توقف على رضاء المتعاقد الآخر[٤٤]؛ ولذلك نص القانون الإماراتي صراحة على جواز إنهاء اتفاق التطوع خلال سريانه وقبل انقضاء مدته، وذلك بإخطار كتابي[٤٥].

وقد عرض الفقه الإسلامي لهذا النوع من اتفاقات التطوع وأطلق عليها وصف وقف الوقت، وقد اعتبرت وزارة الأوقاف الكويتية أن رعاية العمل التطوعي تدخل من ضمن الوقف، ويقصد به وقف المسلم لجزء من وقته للعمل الخيري، وهو من الأمور المستجدة في الشريعة الإسلامية، والمتطوع هنا يتبرع بوقته ويضعه تحت تصرف الجمعيات الخيرية، بحيث يصبح وقته ملكاً لها، فلا يجوز التصرف فيه للأغراض الشخصية أو لغير الجهة الموقوف لها[٤٦]. ويعتبر مفهوم وقف الوقت من المفاهيم الجديدة التي استحدثت في السنوات القليلة الماضية، وكان السبق في هذا المفهوم للأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت، منذ بداية عام ١٩٩٨[٤٧]. وقف الوقت هو المسمى الإعلامي لمشروع رعاية العمل التطوعي الكويتي، وهو محاولة لابتكار فكر وفلسفة جديدة للدور الوقفي، من خلال استهداف مساحات جديدة في العمل المجتمعي التنموي، ويأتي القطاع التطوعي كأحد أهم الأولويات التي يستهدفها الدور الوقفي الجديد لما يمثله من علامة بارزة في خريطة العمل الاجتماعي الكويتي[٤٨].

وهكذا يتضح لنا بأن العمل التطوعي – في نطاق القانون الخاص – لا يمارس

---

(٤٤) إبراهيم أبو الليل: العقد والإرادة المنفردة، مؤسسة دار الكتب، ط٢، ١٩٩٨، ص٢٧٢ وما بعدها، وعلى وجه الخصوص ص٢٧٤-٢٧٥؛ وللتعمق في دراسة العقد غير اللازم راجع أيضاً: إبراهيم أبو الليل: العقد غير اللازم (دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٤، ص٢٤ وما بعدها – ص١٥١.

(٤٥) وذلك قبل انتهائه بمدة معقولة (المادة ٢/١٣).

(٤٦) محمد التوجي وبحماوي عبد الله: العلاقة بين الوقف والعمل التطوعي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد (٧)، العدد (٤)، أكتوبر ٢٠١٨، ص٣٤٦. ويمسى أيضاً "وقف المنافع".

(٤٧) حسن الصفار، مقال بعنوان: التطوع بالوقت، منشور على الموقع الإلكتروني الآتي: http://saffar.org/index.php?act=artc&d=3764 آخر زيارة في ٢٠٢٠/٩/٢٠

(٤٨) خلود الخميس، مقال بعنوان: التطوع بالوقت، منشور على الموقع الإلكتروني لجريدة القبس الكويتية بتاريخ ٣١ أغسطس ٢٠٠٥: https://alqabas.com/article/95364 آخر زيارة في ٢٠٢٠/٩/٢٠

إلا في نطاق اتفاق بين المتطوع والجهة المتطوع لديها، سواء أكان صريحاً أم ضمنياً(٤٩)، إلا أنه يخضع لبعض القيود التي تفرضها الدولة، وهذا ما يلزم أن نعرض له في المطلب القادم.

المطلب الثاني
عناصر اتفاق التطوع

لم يعد اتفاق التطوع من العقود غير المسماة في النظام القانوني في إمارة دبي – كما هو الشأن في القانون الكويتي الذي لم ينظم عقد التطوع- إذ تم تسميته صراحة وفقاً لقانون تنظيم العمل التطوعي، فهو ذلك الاتفاق الكتابي الذي ينظم العلاقة بين المتطوع (أولاً) والجهة المتطوع لديها (ثانياً) وفق ضوابط نص عليها القانون في نموذج الاتفاق ذاته (ثالثاً).

أولاً – المتطوع:

أشرنا سلفاً بأن المتطوع هو كل من سخر نفسه – بجهده أو وقته أو مهاراته – طواعية لأداء العمل التطوعي، وكان ذلك طواعية منه بلا ضغوط أو إكراه ودون مقابل. وحماية للمتطوع والنظام العام في المجتمع، وحتى تسير الأعمال التطوعية وفقاً للأهداف المرسومة، فإن الدول غالباً ما تتدخل لوضع بعض الشروط الواجب توافرها في المتطوع نفسه، حتى يمكن له ممارسة العمل التطوعي، وهذا ما تبناه المشرع الإماراتي، فقد اشترط بألا يقل سن المتطوع عن ثماني عشرة سنة ميلادية،

---

(٤٩) والاتفاقية الخاصة بالمساعدة (التطوعية) لا يعترف بها القضاء في فرنسا إلا إذا تم قبوله صراحة أو ضمناً. والخضوع (رابطة التبعية) للطرف الآخر يعتبر مظهراً من مظاهر القبول الضمني بالاتفاق، وبذلك يتكون عقد التطوع، أما إذا بادر المتطوع من تلقاء نفسه بالعمل التطوعي دون أن يلاقي قبولاً من الجهة المتطوع لديها، فإن الأخير لا يسأل عن التعويض عن الأضرار التي تحدث له، ومن باب أولى تلك التي تصيب الغير. انظر في ذلك: موقف القانون الفرنسي:

S. Hennion-Moreau: precité, p. 400. Cet auteur a décidé que: «La jurisprudence subordonne la reconnaissance de la convention d'assistance à l'acceptation tacite ou expresse de l'aide proposée par l'assistéÂ Le lien de subordination est alors une manifestation de cette acceptation. Mais quant l'assistant prend seul l'initiative de l'entraide qui s'avère pour lui préjudiciable, aucune convention d'entraide n'est établie et la jurisprudence refuse d'admettre la responsabilité de l'assisté ». Jurisprudences indiquées par l' auteur: «Cass. lère civ., 16 juillet 1997, D. 1998, JP, p. 566; 16 décembre 1997, Bull, civ., I, nº 376; 13 janvier 1998, JP, p. 45».

ومع ذلك أجاز لمن لم يتم هذا العمر أن يقوم بالعمل التطوعي إذا وافق وليه أو وصيه أو من في حكمهما[٥٠].

وعلى الرغم من أن العمل التطوعي هو أشبه بالعمل التبرعي، ولكنه بالوقت والجهد وليس بالمال[٥١]، إلا أن المشرع في إمارة دبي اعتمد عمراً أقل، تشجيعاً منه لمثل هذه الأعمال التي تصب في المنفعة العامة والمصلحة الوطنية؛ فإذا لم يبلغ السن القانونية المطلوبة، فلا يجوز له ممارسة العمل التطوعي، ومن باب أولى إبرام عقد التطوع[٥٢]. أما بالنسبة للقانون الكويتي فالأمر يبدو غامضاً، إذ لا قانون ينظم اتفاق التطوع أو العمل التطوعي بشكل عام، حتى أن لائحة تنظيم فرق العمل التطوعي لم تضع سناً معينة لأعضاء الفريق، الذي - ربما - يمكن القياس عليه في توجه السلطة المختصة بالدولة بشأن سن المتطوع.

والرجوع إلى القواعد العامة سوف يزيد الأمر غموضاً من حيث تكييف طبيعة التصرف في إبرام عقد التطوع، وعما إذا كان ضاراً ضرراً محضاً فيكون باطلاً، وما إذا كان مثل هذا التصرف يدور بين النفع والضرر فيكون قابلاً للإبطال لمصلحته، ما لم تلحقه الإجازة ممن له ولاية عليه[٥٣]. وما نميل إليه أن إبرام عقد التطوع تصرف دائر بين النفع (كل الأعمال الإنسانية والوطنية والخبرة والتدريب الذي يكتسبه المتطوع فضلاً عن التكريم والتقدير والمكافأة إن وجدت)، والضرر (العمل دون أجر)،

---

(٥٠) والملاحظ أن المشرع لم يضع حداً أدنى لسن المتطوع، فقد فتح الباب بأن أجاز لمن هم دون عمر (١٨) سنة ممارسة العمل التطوعي بموافقة الولي أو الوصي أو من في حكمهما، فهل معنى ذلك أن الولي أو الوصي غير مقيدين بحد أدنى من العمر؟ لا سيما إذا أخذنا في الاعتبار اختلاف طبيعة كل عمل تطوعي عن الآخر وما يتناسب مع كل فئة عمرية؛ القانون لم يجب عن ذلك، واللجوء إلى القواعد العامة في سن التمييز غير محبذ في هذا الشأن، فسن التمييز يبدأ من السابعة ميلادية. آمل أن يكون هناك حد أدنى للعمر في القرارات المنظمة والمنفذة لهذا القانون، إذ لم يتسن لنا الحصول والاطلاع عليها في موقع هيئة تنمية المجتمع. لاسيما وأن نص المادة (١٤) في البند (٥) منه يجيز لمدير عام الهيئة أن يضيف شروطاً أخرى بقرار يصدر عنه في هذا الشأن. انظر على سبيل المثال: قانون التطوع التونسي - في الفصل التاسع منه - الذي لم يجز العمل التطوعي لمن لم يتجاوز سنه (١٣) عاماً إلا في إطار الأنشطة التربوية.

(٥١) فإن كان بالمال فإن سن الرشد - في القانون المدني الكويتي - إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة للتصرفات القانونية كأصل عام. المادة (٢/٩٦).

(٥٢) المادة (١/١٤) من قانون إمارة دبي المذكور.

(٥٣) المادة (٨٧) من القانون المدني الكويتي.

وتفادياً لمشكلة الأهلية اللازمة في هذا الشأن، يجدر بنا تحري موافقة الولي أو من في حكمه على إبرام مثل هذا العقد، والأجدر من ذلك هو تدخل السلطة المختصة لتحديد هذه السن تفادياً لأي نزاعات في هذا الشأن[٥٤]. فالأمر كما قدمنا متعلق بالوقت والعمل وليس المال.

لا يتوقف الأمر عند هذا الحد، بل اشترط القانون الإماراتي أيضاً أن يكون المتطوع: حسن السيرة والسلوك، ولم يسبق الحكم عليه في جناية[٥٥]، أو جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة، ما لم يكن قد رد إليه اعتباره، وأن يكون لائقاً صحياً لأداء العمل التطوعي، كما يجب أن يكون مسجلاً لدى هيئة تنمية المجتمع لممارسة العمل التطوعي[٥٦].

ثانياً – الجهة المتطوع لديها:

المقصود بالجهة المتطوع لديها هي تلك الجهة التي تنظم العمل التطوعي لديها عن طريق اتفاقها المبرم مع المتطوع، وقد تكون جهة عامة حكومية أو خاصة غير حكومية أو منشأة أهلية، ولكن وقبل القيام بممارسة أي عمل تطوعي أو السماح بتنفيذه، يجب على الجهة المتطوع لديها الحصول على تصريح بذلك من هيئة تنمية المجتمع[٥٧]. وعلى ذلك فإننا نخلص بأن الجهات التي يمكن التطوع لديها تنحصر في ثلاث فئات:

الفئة الأول: الجهة الحكومية: وهي الدوائر الحكومية والهيئات والمؤسسات العامة، والمجالس والسلطات، وما في حكمها من الجهات التابعة لحكومة دبي، بما في ذلك من

---

(٥٤) وهذا يدخلنا في إشكالية أخرى، وهي عدم وجود حد أدنى لسن التطوع سوى سن السابعة ميلادية، معنى ذلك أن من له الولاية أو الوصاية يستطيع الموافقة على إبرام عقد التطوع حتى لمن هو في سن السابعة، وفي هذا خطر كبير على الطفل، إذا يقتضي أن يحدد حد أدنى للسن لا يجوز فيه لمن يرغب بالتطوع أن يمارس العمل التطوعي حتى لو وافق وليه، وفقاً لطبيعة العمل التطوعي الذي يراد القيام به.

(٥٥) يلاحظ أن النص يقول: "الحكم عليه في جناية"، ولم يقل الحكم عليه بعقوبة جناية. والمعلوم أن هناك فرقاً بين الصياغتين، فالصياغة الأولى وفي النص أعلاه يحرم كل من يرغب في العمل التطوعي حتى لو كان الحكم بأقل من عقوبة الجناية كما لو أخذ القاضي بأسباب الرأفة، ما دام التكييف القانون لها باعتبارها جناية؛ أما في الصياغة الثانية التي اعتاد عليها المشرع الكويتي، فإنه يشترط أن تكون العقوبة التي حكم بها القاضي عقوبة جناية، أي الحبس المؤبد أو المؤقت مدة تزيد على ثلاث سنوات.

(٥٦) المادة (١٤/ ٢،٣،٤) من القانون المذكور.

(٥٧) المادة (٦) من القانون سالف الذكر.

السلطات المشرفة على مناطق التطوير الخاصة، والمناطق الحرة، بما فيها مركز دبي المالي العالمي[٥٨].

الفئة الثاني: الجهة الخاصة: وهي المؤسسات الخاصة التي لا تعتبر من ضمن الجهات الحكومية، سالفة البيان أعلاه، ولا في عداد المنشآت الأهلية المذكورة أدناه، وغالباً تستهدف الربح.

الفئة الثالثة: المنشأة الأهلية: الجمعية الأهلية أو المؤسسة الأهلية المنشأة بموجب التشريعات السارية في إمارة دبي، والتي لا تستهدف الربح في عملها كأصل[٥٩].

وهذه الجهات هي من تمارس الدور الإشرافي والتوجيهي على المتطوع، تحت رقابة هيئة تنمية المجتمع المنوط بها تطبيق أحكام قانون تنظيم العمل التطوعي؛ لذلك ألزم المشرع تلك الجهات المتطوع لديها بالتنسيق مع هذه الهيئة في كل ما يتعلق بالأعمال التطوعية. ويجب على الجهات المتطوع لديها في سبيل تحقيق ذلك، تحديد المعايير وضوابط العمل التطوعي وتزويد الهيئة المذكورة بها، وتحديد فئات المتطوعين وطبيعة الأعمال التي يمكن أن تؤديها كل فئة من هذه الفئات، بمراعاة كون الأعمال التطوعية تتناسب مع مؤهلات المتطوع وقدراته الفكرية والبدنية، وقيد أسماء المتطوعين، وبياناتهم الشخصية، وطبيعة الأعمال التطوعية الموكلة إليهم، وعدد الساعات التي تطوعوا فيها، في قاعدة بيانات هيئة تنمية المجتمع، ولا يجوز للجهة المتطوع لديها إشراك أي متطوع في العمل التطوعي إلا بعد التحقق من كونه مسجلاً في الهيئة المذكورة.

أما الفرق التطوعية لا يمكن اعتبارها بحد ذاتها جهة متطوع لديها، فهي لا تعدو أن تكون سوى فريق عمل مشكل من مجموعة من الأفراد يعمل بروح الجماعة، وفقاً لضوابط معينة تضعها الهيئة المذكورة[٦٠]. والذي يميزه عن تلك الفئات المشمولة في الجهات المتطوع لديها، أن تلك الفئات تتمتع بالشخصية المعنوية[٦١]، على خلاف الفرق التطوعية التي لا تثبت لها هذه الصفة[٦٢].

(٥٨) المادة (٢) من القانون المذكور.

(٥٩) المادة (٢) من القانون المذكور.

(٦٠) انظر: المادة (٢) والمادة (٩) من القانون المذكور.

(٦١) Ph. Malaurie et L. Aynes: Droit des obligation, LGDJ, 8 édition, 2016, p. 40.

(٦٢) وتترتب على هذا عدة نتائج قانونية من حيث المسؤولية على ما سوف نراه في حينه.

(٦٣) المادة (١٢) من القانون.

ثالثاً - نموذج اتفاق التطوع:

نظم قانون إمارة دبي في شأن العمل التطوعي، الآلية التي يجب اتباعها للاستعانة بالمتطوع من قبل الجهة المتطوع لديها(٦٣)، وحرصاً من المشرع على اتفاق التطوع في ذاته فقد خصه بعدة ضوابط بنص مستقل، إذ استلزم أن يكون عقد التطوع مكتوباً(٦٤)، ومعداً بالتنسيق مع هيئة تنمية المجتمع في هذا الشأن، كما فرض أن يتضمن هذا العقد كافة المسائل المتعلقة بتنظيم العلاقة بين المتطوع والجهة المتطوع لديها، وعلى وجه الخصوص(٦٥): موضوع العمل التطوعي أي محله ومحتواه، وطرق تنفيذه، والوقت اللازم لهذا التنفيذ؛ ومدة اتفاق التطوع وشروط تجديده، إذ إنه وفي جميع الأحوال يجب ألا تتجاوز مدة اتفاق التطوع المدة المطلوبة لإنجاز العمل التطوعي، ونتيجة لذلك فإن أي تجاوز في المدة لا يعتد به، فالأصل أن العقد يبقى صحيحاً حتى ينقضي أو يزول محله، وهو العمل التطوعي المتفق عليه.

وحرصاً من المشرع الإماراتي على حماية المتطوع، فقد أوجب أن يتضمن عقد التطوع كافة الالتزامات التي يجب أن يتقيد بها المتطوع عند القيام بالعمل التطوعي، والتعويض عن التكاليف والنفقات المالية التي يتحملها، وذلك حسب طبيعة هذا العمل، وطبيعة المخاطر التي تحيط بالعمل التطوعي، وآلية حماية المتطوع في الحالات التي تستدعي ذلك(٦٦). وكذلك يجب أن يحتوي عقد التطوع على التدابير التي يمكن تطبيقها على المتطوع في حال إخلاله بأي من الالتزامات المتفق عليها في العقد وهذا القانون والقرارات الصادرة في شأنه، وقد أراد المشرع بتحديد مثل هذه التدابير، إحاطة اتفاق التطوع - بل والمتطوع على وجه الخصوص - بقدر من الحماية اللازمة من أي إجراء تحكمي أو تعسفي يصدر من الجهة المتطوع لديها، كما أن المشرع لم يقتصر على تلك البيانات، إذ ذكرها صراحة لأهميتها على سبيل المثال وليس الحصر،

(٦٤) وهذا هو حال القانون الفرنسي الذي يتطلب أن يكون العقد كتابياً أيضاً وفقاً لنص المادة الأولى من قانون التطوع:
Article 1: «Ce contrat est un contrat écrit qui organise une collaboration désintéressée entre l'organisme agreéé et la personne volontaire... Ce contrat a pour objet l'accomplissement d'une mission d'intérêt geéneéral..» Loi no 2006-586 du 23 mai 2006 relative au volontariat, loi preciteé.

(٦٥) نعرض في هذا البند فقط للمتطلبات التشريعية التي فرضها المشرع الإماراتي في عقد التطوع ذاته، والتي وضع لها نصاً خاصاً في القانون (المادة ١٢)، أما الالتزامات الناشئة عن هذا الاتفاق أي آثار العقد، فسوف نتناولها في المطلب القادم.

(٦٦) كالتأمين ضد الإصابات والعدوى عند القيام بالعمل التطوعي.

فقد تطلب القانون أي يتضمن العقد بيانات أخرى تكون لازمة لتنظيم العلاقة بين المتطوع والجهة المتطوع لديها.

ومحاولة من المشرع بتنفيذ عقد التطوع على أكمل وجه، فقد أنشأ لجنة تسمى "لجنة شؤون المتطوعين" تشكل في هيئة تنمية المجتمع من قبل المدير العام، تختص بالنظر والفصل في أي شكاوى أو منازعات تتعلق بتنفيذ العقد التطوعي، ولأن هذا العقد لا يعدو أن يكون سوى مجموعة من الالتزامات المتقابلة، فإن هذه المنازعات لا تخرج عن كونها نزاعاً في الالتزامات الناشئة عن اتفاق التطوع، وهذا ما نعرضه في المطلب الآتي.

المطلب الثالث
الالتزامات الناشئة عن اتفاق التطوع

السؤال عن الالتزامات الناشئة عن عقد العمل التطوعي، يتمثل في بيان آثار عقد التطوع، من التزام كل طرف بالواجبات التي فرضها هذا العقد أو ذلك القانون على كلا الطرفين؛ وإذا كان الأصل في العقود هو أن العقد شريعة المتعاقدين وخضوعها لمبدأ سلطان الإرادة، إلا أن المشرع قد يتدخل في كثير من التعاقدات، ليفرض بعض القواعد الآمرة، حماية لأحد طرفي التعاقد أو النظام العام أو تقديراً للمصلحة العامة، وهذا هو الحال في عقد التطوع في القانون الإماراتي في إمارة دبي. وهكذا نتناول التزامات المتطوع (أولاً)، ونعقبها بالتزامات الجهة المتطوع لديها (ثانياً)، ثم نختم في الجزاء المترتب على إخلال المتعاقدين بالتزاماتهما (ثالثاً).

أولاً – التزامات المتطوع:

نظم المشرع في دبي التزامات المتطوع بشكل واضح ودقيق بنص خاص، تفادياً لأي نزاع ينشأ مستقبلاً من جانب، وتفعيلاً لدور الدولة التي حملت على عاتقها حماية النظام القانوني للعمل التطوعي من جانب آخر. لذلك ألزمت المادة (١٦) من قانون العمل التطوعي المذكور[٦٧]، المتطوع بالتقيد ابتداء باتفاق التطوّع المُبرم بينه وبين الجِهة المُتطوَّع لديها، فعلاوة على الالتزامات التي نص عليها المشرع صراحة، يجب عليه احترام جميع ما ورد في العقد إذا كان متفقاً وصحيح القانون. وكون محل عقد

(٦٧) يسري على أفراد فريق العمل التطوّعي ذات الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون والقرارات الصادرة بموجبه، المُتعلِّقة بتسجيل المُتطوِّع وإجراءات قيده، وغيرها من الأحكام الأخرى على المتطوع (المادة ١٠) من القانون المذكور.

التطوع وموضوعه ما هو إلا عمل تطوعي معين، فإن المتطوع يلتزم بإنجازه بالشكل المتفق عليه، وفي الوقت المُحدّد بإخلاص وإتقان وتميّز، ولا يجوز له كأصل أن يكلف غيره به.

ولما كان لكل مجتمع خصوصيته، فكان من الواجب على المتطوع احترام عادات وتقاليد المُجتمع المحلّي، وتجنُّب كُل ما مِن شأنِه الإخلال بقواعِد السُّلوك القويم، والالتزام بمبادِئ وأهداف وضوابط العمل التطوّعي المُعتمدة في النظم أو اللوائح لدى الجِهة المُتطوّع لديها(٦٨)، فالعمل التطوعي يهدف إلى غايات نبيلة ويتناقض مع كل خروج على مقتضياته الوطنية؛ وهكذا فإنه يجب على المتطوع احترام المتطوعين الآخرين، والعامِلين في الجِهة المُتطوَّع لديها، والعمل معهم بِروح الفريق الواحد في حُدود العمل التطوّعي وأهدافه، وعدم الخوض في سياسات عمل الجِهة المتطوع لديها وخططها وبرامِجها الاستراتيجيّة.

وحتى يحوز المتطوع ثقة الجهة المتطوع لديها، بل والمجتمع الذي يعيش فيه، يلزم عليه عدم إفشاء الأسرار والمعلومات الشخصيّة التي اطلع عليها من خلال إنجازه عمله التطوّعي(٦٩)، وهذا يعد التزاماً أخلاقياً وأدبياً، ويقتضيه حسن النية وشرف التعامل في التعاقدات(٧٠)، قبل أن ينص عليه القانون صراحة(٧١).

والجدير بالذكر بأن العمل التطوعي لا ينحصر في المجهود الذاتي للفرد، بل أن كثيراً ما يُعطى المتطوع بعض الأشياء لاستخدامها في العمل، وهو بذلك ملزم بالمُحافظة على كل هذه الأشياء من أدوات ومُعِدّات وأجهِزة تم تسليمها له بمناسبة العمل، كما أنه ملتزم بردها فور ترك العمل التطوّعي أو انتهاء اتفاق التطوّع، وفي حال تلف أو فقد أي من تلك الأدوات والمُعِدّات والأجهِزة وجب عليه إبلاغ الجِهة المتطوع لديها. هذه باختصار جميع الالتزامات التي حمّلها القانون على عاتق المتطوع، وهي في الوقت ذاته تعتبر حقوقاً للجهة المتطوع لديها، وها هي التزاماتها.

---

(٦٨) وهذا يقتضي الالتزام بتوجيهات الجهة المتطوع لديها في طريقة أداء العمل التطوعي وكيفيته.

(٦٩) D. Azquinazi Bailleux, La difficile distinction du contrat de bénévolat et du contrat de travail, RJS, 2012, N., 2, p. 987. Voir aussi, l’article 4 - a de la loi belge du 3 juillet 2005 relative aux droits des volontaires qui sispose que: «..le volontaire est tenu à un devoir de discrétion..».

(٧٠) عبد الحليم عبد اللطيف القوني: حسن النية وأثره في التصرفات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص٣٩٧.

(٧١) كما يحظر على المتطوع جمع التبرعات أو الإعلان عنها عبر أي وسيلة، إلا بعد إخطار هيئة تنمية المجتمع والحصول على موافقة الجهة المتطوع لديها (المادة ١٠) من القانون المذكور.

ثانياً – التزامات الجهة المتطوع لديها:

لغايات تطبيق عقد العمل التطوعي على أكمل وجه، فقد ألزم المشرع الإماراتي الجِهة المتطوَع لديها بعدة التزامات، فضلاً عن تلك الالتزامات المنصوص عليها في اتفاق التطوع(٧٢). فقد ألزمها – وقبل خوض غمار العمل – بإطلاع المتطوع بكل المعلومات اللازمة بطبيعة العمل التطوّعي الذي سيقوم بتنفيذه؛ وكل الأنظمة الداخليّة المُتعلِّقة بالعمل التطوّعي في الجِهة المُتطوَّع لديها. كما تلتزم بأن توكل إليه الأعمال التطوعية التي تتناسب مع مُؤهِّلاتِه وقُدراتِه الفِكريّة والبدنيّة، بعد تدريبه على القيام بالأعمال المسندة إليه، ومُساعدته على إبراز مواهبه وصقلِها، بما يضمن الاستفادة من قُدراتِه بالشِّكل الصحيح.

وقد جعل من الإشراف على المُتطوعين والتحقق من قيامِهِم بالأعمال التطوّعيّة على الوجه المطلوب، التزاماً قانونياً على عاتق الجهة المتطوع لديها، وهذا يقتضي واجب الرقابة والتوجيه على أعمالهم للقيام بها على الوجه الصحيح، عن طريق التعامُل معهم باحترام وتقدير، من قِبَل كافّة العامِلين في الجِهة المُتطوَّع لديها؛ وهذا يقتضي مُساواة كل متطوع مع غيره من المُتطوِّعين دون أي تمييز فيما بينهُم، وتوفُّر البيئة المُناسِبة التي تكفل قيامِه بالعمل التطوّعي الموكل إليه على أكمل وجه، كل ذلك ليس متطلباً أخلاقياً فحسب بل تشريعياً(٧٣).

أهمها وقاية المتطوعين من أخطار العمل التطوعي بتأمين سلامتهم(٧٤)، من أي ضرر قد يلحق بهم جرّاء العمل التطوعي، وذلك من خلال وضع نظام محكم لإجراءات الوقاية والسلامة بالتنسيق مع الجِهات المختصة في هذا الشأن؛ فالعمل دون أجر وبقصد تحقيق المنفعة العامة يتطلب التشدد في مثل هذه الإجراءات حماية للمتطوعين والغير. وتحقيقاً لذلك وللوصول إلى أقصى درجات الضمان المتاح، فقد ألزم المشرع الجهات المتطوع لديها بتغطية المتطوعين بتأمين ضِد الإصابات والعدوى، وآخر ضد المسؤوليّة المدنيّة المُترتِّبة على الإضرار بالغير.

ولما كان العمل التطوعي غير مأجور، وليس له مقصود سوى المصلحة العامة(٧٥)، فقد أوجب المشرع الجهة المتطوع لديها بتحمُّل كافّة المصاريف والنّفقات المُترتِّبة

---

(٧٢) المادتان (١١ و ١٥) من قانون تنظيم العمل التطوعي المذكور.

(٧٣) المادة (١١) من القانون المذكور.

(٧٤) وسلامة المُستفيدين من الأعمال التطوعية.

(٧٥) وهذا لا مانع من تكريمه، بل أن المشرع ألزم الجهة المتطوع لديها بمنح المُتطوع شهادة شكر وتقدير في حال قيامِه بتنفيذ العمل التطوّعي على أكمل وجه (المادة ١٢/١١).

على أعمال التطوع، بما في ذلك المصاريف والنّفقات العلاجية اللازمة للمتطوع عن أي ضرر لحِق به أثناء تأديته لأعمال التطوع، شريطة أن يكون هذا الضرر ناتجاً عن خطأ الجهة المتطوع لديها؛ وتزويد المتطوع بالمعدات والأدوات اللازمة للقيام بالأعمال التطوعية المُوكلة إليه، فلا يجوز أن يتحمل المتطوع – وهو المتبرع بجهده ووقته – أي تكاليف أو نفقات تخص العمل التطوعي، ولا تحميله بجهد وعمل أكبر قد يفوق طاقته[٧٦]، وهذا مؤدّاه عدم جواز تكليفِه بإنجاز أعمال ومُعاملات الجِهة المُتطوَّع لديها وكُل ما يتعلّق بِمهامِّها التنظيميّة.

كانت تلك هي التزامات الجهة المتطوع لديها، بعد أن انتهينا مسبقاً من التزامات المتطوع، والمعلوم أن التزامات كل طرف تعتبر حقوقاً للطرف الآخر، فإذا تم الإخلال بها ينبغي أن يترتب عليه جزاء. هذا ما سوف ندرسه الآن.

ثالثاً – جزاء إخلال المتعاقدين بالتزاماتهما:

تناولنا فيما تقدم الالتزامات العقدية التي يفرضها اتفاق التطوع على كل من المتطوع والجهة المتطوع لديها، وإخلال أي طرف منهما يرتب جزاء عليه، فما هي تلك الجزاءات التي نص عليها المشرع الإماراتي[٧٧]؟

بالنسبة للجهة المتطوع لديها، الحقيقة أن القانون الخاص بشأن العمل التطوعي المذكور لم ينص إلا على جزاء واحد فقط، وهو ما نصت عليه المادة (٣/١٣) التي تقضي بانتهاء اتفاق التطوع إذا أخل أحد طرفي الاتفاق بالتزاماته الواردة في اتفاق التطوع[٧٨]، وتعتبر هذه الحالة إحدى الحالات التي رتبها المشرع لانتهاء الاتفاق، وعلى ما يبدو من النص أن الانتهاء يكون بقوة القانون دون حاجة إلى إجراء معين[٧٩].

---

(٧٦) فقد حظر المشرع تكليف المتطوع بساعات عمل تطوعي تفوق عن (٤٢٠) ساعة في السنة (المادة ١٠/١١) من القانون المذكور.

(٧٧) وما يعنينا في دراستنا الجزاء المدني الذي يترتب على إخلال أحد طرفي الاتفاق في التزاماته، وليس الجزاءات الإدارية التي توقعها الدولة في حال مخالفة المتطوع أو الفريق أو جهة التطوع لأحكام القانون. كالجزاءات التي فرضتها المادة (٣٥) من لائحة تنظيم عمل الفرق التطوعي عند مخالفة اللوائح والنظم من شطب أو إنذار أو لفت نظر.

(٧٨) سواء أكان المتطوع أم المتطوع لديه فالنص مطلق؛ والملاحظ أن المشرع يتجنب لفظة "الفسخ" أو "الفصل" كما سبق له أن تجنب لفظة "العقد" واستخدم مصطلح "الاتفاق". انظر في ذلك ما ذكرناه سلفاً في الهامش رقم (٢٨) من هذه الدراسة.

(٧٩) سواء إخطار كتابي أو غيره، إلا أن الواقع العملي يتطلب إثبات تلك المخالفة العقدية تحسباً لأي نزاع مستقبلاً حول ذلك، حتى يتوصل الطرف الآخر لانتهاء ذلك الاتفاق وفقاً للنص القانوني المذكور أعلاه.

أما بالنسبة للمتطوع، فإن المشرع قد أوجب بأن يتضمن اتفاق التطوع على وجه الخصوص[٨٠]، التدابير التي يُمكن تطبيقها في حال إخلال المُتطوِّع بأي من التزاماته المنصوص عليها في اتفاق التطوّع وهذا القانون والقرارات الصادرة بموجبه، وهذا يعني بأن المشرع قد خول الجهة المتطوع لديها وضع الجزاء المناسب[٨١]. كما أنشأ المشرع في دبي لجنة تُسمّى "لجنة شُؤون المُتطوِّعين "تختص بالنظر والفصل في أي شكاوى أو مُنازعات تتعلّق بتنفيذ اتفاق التطوّع، وسوف يكون لها الدور الأبرز في حسم أي نزاع ينشأ بمناسبة عقد التطوع قبل اللجوء إلى القضاء[٨٢].

هذا هو مخلص ما ورد في التشريع الخاص في العمل التطوعي، وهو بالتأكيد ليس كافياً بحد ذاته، ولكنه ليس ناقصاً أو قاصراً، فالقواعد العامة في القانون المدني هي من تحكم هذا الأمر[٨٣]، فأي طرف يخل بالتزامه يلتزم بتعويض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر، فإذا كان الالتزام ناشئاً عن عقد كانت المسؤولية عقدية، ومن ثم يكمن أساس المسؤولية في عدم تنفيذ المدين الالتزام المتفق عليه، وإخلاله بتنفيذ هذا الالتزام يختلف عما إذا كان الالتزام التزاماً ببذل عناية[٨٤]، أو التزاماً بتحقيق نتيجة[٨٥].

(٨٠) المادة (١٢) من القانون المذكور.

(٨١) وبالتأكيد أن ذلك سوف يكون وفقاً للسياسات التي تضعها هيئة تنمية المجتمع. وهو في الغالب لا يخرج عن لفت النظر أو الإنذار، أو وقفه عن العمل التطوعي لفترة ما أو شطبه (فصله إن صح القول) من العمل التطوعي.

(٨٢) ولكن القانون لم يوضح عما إذا كان اللجوء إلى هذه اللجنة إلزامياً أو اختيارياً، وهل هي محطة لازمة قبل اللجوء إلى القضاء في حال رغبة أحد طرفي العقد رفع الدعوى مباشرة، وما سوف يترتب على ذلك قانوناً في حال اللجوء المباشر إلى القضاء، كعدم قبول الدعوى. والشيء بالشيء يذكر، ففي قانون العمل الكويتي رقم (٦) لسنة ٢٠١٠، تتطلب المادة (١٤٦) منه أن يسبق أي دعوى عمالية اللجوء إلى إدارة العمل المختصة لتسوية النزاع ودياً وإلا حكم بعدم قبول الدعوى. (يحدد قرار تشكيل اللجنة آلية عملها وعقد اجتماعاتها واتخاذ قراراتها (المادة ١٩) من القانون المذكور.

(٨٣) والحقيقة أننا لا نريد الخوض في غمار القواعد العامة للمسؤولية العقدية بقدر ما نسقطها ونذكر بها في حدود مقتضيات الدراسة. للمزيد راجع: عبد الخالق حسن أحمد: مرجع سابق، ص٢١١ وما بعدها؛ عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة، دون دار نشر، ١٩٨٤، ص٥٣٨؛ نبيلة رسلان وسعيد قنديل: النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، جامعة طنطا - كلية الحقوق، ٢٠٠٣-٢٠٠٥، ص٢٠٥.

(٨٤) وفيه يبحث مسلك المدين وإذا كان قد بذل العناية اللازمة وإلا عد مقصراً.

(٨٥) أما هنا فالنتيجة مطلوب تحقيقها، وبالتالي يعد المدين مقصراً إذا لم تتحقق النتيجة، مهما بذل من العناية والوسائل طالباً تحقيقها.

وبالرجوع إلى طبيعة التزامات، كل من المتطوع والجهة المتطوع لديها سالفة البيان، نجدها في جلها تمثل التزاماً بتحقيق نتيجة(٨٦)، وعدم التنفيذ بحد ذاته ينجم عنه خطأ عقدي، وبالتالي يثير المسؤولية العقدية للطرف المدين سواء أكانت من جانب المتطوع أم من جانب الجهة المتطوع لديها. وهذا ما ينطبق – بشكل جلي – على أي عقد تطوع يبرم في الكويت في ظل عدم وجود تشريع خاص ينظم العمل التطوعي، وبالتالي يجب أن يتمتع المتعاقد في عقد التطوع، كأصل، بكل السلطات التي تجيزها القواعد العامة عند إخلال الطرف الآخر بالتزامه العقدي، بما فيها الدفع بعدم التنفيذ(٨٧).

كالمتطوع الذي يمتنع عن أداء العمل التطوعي في ظروف خطرة، كانتشار فيروس كورونا، بسبب عدم تأمين الجهة المتطوع لديها عليه ضد العدوى؛ والمتطوع الذي يرفع دعوى قضائية للحصول على تعويض عن إصابته أثناء أو بسبب ممارسته للعمل التطوعي، فكل هذه المسائل غير منظمة في القانون الكويتي(٨٨)، ولا سبيل إلا بالرجوع إلى الالتزامات الناشئة عن العقد المبرم بين الطرفين، والعقد لا يقتصر على ما ورد فيه من شروط، أو يسري عليه من أحكام، وإنما يتضمن كذلك ما يعتبر من مستلزماته ولو لم يتم الاتفاق عليها، وفقاً لما تجري عليه العادة وما تمليه العدالة، وبمراعاة طبيعة التعامل(٨٩)، وما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل(٩٠)؛ إذ من المعلوم أن تنفيذ العقد يجب أن يكون بطريقة تتفق مع كل ذلك(٩١).

والواقع العملي في الكويت، علاوة على طبيعة العمل التطوعي أو العلاقة التطوعية بين كل من المتطوع والجهة المتطوع لديها، يشير بأن هذا العمل لا يثير في الغالب أي إشكالات قانونية – عند عدم تنفيذ أحد طرفيه أي من الالتزامات – سواء من حيث التعويض أو التنفيذ العيني(٩٢)، لأن أي منهما، وفي الغالب، سوف يتوقف

---

(٨٦) أسامة أحمد بدر: الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة بين المسئوليتين الشخصية والموضوعية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، ٢٠١١، ص١٠١ وما بعدها.

(٨٧) المادة (٢٢٠) من القانون المدني الكويتي.

(٨٨) على خلاف القانون الإماراتي المذكور.

(٨٩) F. Terre, Ph. Simler et Y. Lequette: percite, Droit civil (Les obligations), Dalloz, 10 édition, 2009, p. 454.

(٩٠) المادة (١٩٥) من القانون المدني الكويتي.

(٩١) المادة (١٩٦) من القانون المدني الكويتي.

(٩٢) كما أن التنفيذ العيني لا يتناسب أحياناً مع طبيعة هذا العقد الذي يكون محله عملاً تطوعياً، فعلى سبيل المثال من غير المتصور من الجهة المتطوع لديها أن تجبر المتطوع على أداء العمل التطوعي المتفق عليه.

عند حد إنهاء الاستمرار في العمل التطوعي؛ لأن هذا العمل لا يمثل مصدر رزق، ولا يبتغى منه مصلحة خاصة، وبالتالي تندر النزاعات بشأنه(٩٣)؛ فضلاً عن أنه لا عقود كتابية تبرم في هذا الشأن وإنما غير كتابية(٩٤)، وهذا لا ينزع عنها صفة العقد ولا ينال من صحتها، ففي ظل عدم التنظيم التشريعي، يظل عقد التطوع رضائياً ولا حاجة لشكلية معينة في هذا الخصوص(٩٥).

أما عن الأضرار التي قد تصيب المتطوع فقد عالجها المشرع الإماراتي، كما أسلفنا، بتحميلها الجهة المتطوع لديها، وذلك بتغطية المتطوعين بنظام التأمين ضد الإصابات والعدوى وآخر ضد المسؤولية المدنية المترتبة على الإضرار بالغير. وهكذا فإن المسؤولية – من وجهة نظرنا – بين كل من المتطوع والجهة المتطوع لديها، يحكمها طبيعة الالتزام الذي تم الإخلال به، فإذا كان ناشئاً عن اتفاق التطوع كانت المسؤولية عقدية، أما إذا كان غير ناشئ عن عقد التطوع، كالأضرار التي يحدثها المتطوع للغير، فإن أساس المسؤولية يكون مختلفاً. وهذا ما سوف نعرض له في المبحث الثاني.

---

(٩٣) فلم نتحصل إطلاقاً على أي نزاع قضائي في هذا الشأن، سواء من حيث بحث طبيعة الاتفاق على العمل التطوعي أو طبيعة المسؤولية وأساس قيامها.

(٩٤) وذلك على خلاف القانون الإماراتي في هذا الشأن الذي تطلب الكتابة كشرط ضروري لاتفاق التطوع كما سبق أن رأينا.

(٩٥) كالجمعيات التعاونية التي استعانت بالشباب الكويتي في أزمة فيروس كورونا كمتطوعين للقيام بأعمال تطوعية بسبب النقص في الكوادر العاملة.

المبحث الثاني
أحكام المسؤولية المدنية عن العمل التطوعي

تمهيد وتقسيم:

على خلاف المسؤولية العقدية التي تنشأ بمناسبة عدم قيام أحد طرفي العلاقة بتنفيذ التزامه العقدي كما رأينا، فإنه قد يترتب على العمل التطوعي إضرار بالغير، ويكون ذلك من خلال ارتكاب المتطوع نفسه خطأً شخصياً يسبب ضرراً للغير خلال القيام بالعمل التطوعي، فتقوم به مسؤوليته الشخصية، ولكن هل هذه المسؤولية مقتصرة على المتطوع فحسب، وإن كان ذلك فمتى يتحمل وحده تلك المسؤولية، ومتى يمكن أن يضمن غيره ذلك بالتبعية؟

لقد نظم القانون الكويتي مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، في المادة (٢٤٠) من القانون المدني الكويتي التي تنص على أنه:" يكون المتبوع مسؤولاً، في مواجهة المضرور، عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعاً منه في أداء وظيفته أو بسببها. وتقوم رابطة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه، متى كان من شأن المهمة المكلف بها التابع أن تثبت للمتبوع سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه"[(٩٦)] والسؤال الذي يمكن أن يطرح مرة أخرى وبشكل أدق: هل يمكن تطبيق هذه المسؤولية على الجهة المتطوع لديها عملاً بالقواعد العامة[(٩٧)]؟ لا سيما في حالة عدم وجود تنظيم قانوني خاص للعمل التطوعي في الكويت، وما الوضع في قانون العمل التطوعي في إمارة دبي ؟ للإجابة عن هذا التساؤل ينبغي أن نتناول مدى انطباق شروط تحقق المسؤولية (المطلب الأول) ومن ثم مسؤولية الجهة المتطوع لديها (المطلب الثاني)، ثم نعرج على المسؤولية الشخصية للمتطوع باعتبارها الأساس الذي تنطلق منه مسؤولية الجهة المتطوع لديها (المطلب الثالث).

---

(٩٦) مستوحاة من المادة ١٧٤ من القانون المدني المصري، وهذا الأخير يعود في أصله إلى نص المادة (١٣٨٤) فقرة (٥) من القانون المدني الفرنسي (مدونة نابليون)، والذي تم تعديله في عام ٢٠١٦ فصارت إلى (١٢٤٢) مدني فرنسي، ويقابلها في قانون المعاملات المدنية الإماراتي المادة (٣١٣/ب).

Article (1242) du code civil français qui dispose qu': « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causį par le fait des personnes dont on doit rįpondre, ou des choses que l'on a sous sa garde... Les maյtres et les commettants, du dommage causį par leurs domestiques et prįposįs dans les fonctions auxquelles ils les ont employįs ».

(٩٧) E. Ayissi Manga, Préposé et responsabilité, RRJ 2002, N., 2, p. 715.

المطلب الأول
مدى انطباق مسؤولية المتبوع على الجهة المتطوع لديها

للتعرف على مدى انطباق مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه على الجهة المتطوع لديها[٩٨]، ينبغي علينا دراسة شروط قيام تلك المسؤولية: من وجود علاقة تبعية قانونية بين المتطوع والجهة المتطوع لديها (أولاً)، ثم التأكد من ارتكاب المتطوع عملاً غير مشروع حال أداء وظيفته التطوعية أو بسببها (ثانياً)، لكي نتوصل في نهاية المطاف للإجابة عن تساؤلنا بعد تقييم تلك الشروط (ثالثاً).

أولاً – علاقة التبعية بين المتطوع والجهة المتطوع لديها:

حتى تكون هناك علاقة تبعية يجب أن يكون هناك شخصان، أحدهما تابع للآخر[٩٩]. وبمقتضى هذه التبعية تكون للمتبوع سلطة فعلية على تابعه، بحيث تسمح للأول بالرقابة والتوجيه على الثاني؛ والسلطة المقصودة هنا هي السلطة الفعلية، ولا يهم من بعد مصدرها أو مدى مشروعيتها، وما إذا كان مردها القانون أو العقد أو الواقع[١٠٠]؛ سواء باشر المتبوع هذه السلطة أو لم يباشرها[١٠١]. على أن الرقابة والتوجيه يجب أن يكونا على عمل معين، فمجرد الرقابة العامة أو المطلقة لا تكفي لوجود علاقة تبعية[١٠٢]. وكثيراً ما تقوم العلاقات التبعية على العقود الخدمية، ولكن لا يشترط – كما أسلفنا – وجود عقد، ولا حتى أن يتقاضى التابع أجراً.

ومن خلال ذلك يتبين لنا أن علاقة التبعية تعتبر قائمة – مادامت هناك سلطة فعلية بالرقابة والتوجيه – حتى لو كانت الأعمال المنوطة بالتابع على سبيل المجاملة، كأن تكون في إطار علاقة الصداقة أو الأسرة[١٠٣]. وإذا كان الأمر كذلك فإن علاقة التطوع لا يمكن أن تخرج عن نطاق هذه المسؤولية؛ ذلك أن علاقة التبعية تجد مصدرها في العقد المبرم[١٠٤]، بين المتطوع والجهة المتطوع لديها.

---

(٩٨) S. Hennion-Moreau: precité, p. 397.

(٩٩) سمير تناغو: مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، ط١، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص٢٨٠.

(١٠٠) عبد الرسول عبد الرضا وجمال النكاس: مصادر الالتزام، مؤسسة دار الكتب، ط٤، الكويت، ٢٠١٥، ص٢٦٥.

(١٠١) إبراهيم أبو الليل: المسؤولية المدنية والإثراء دون سبب، مؤسسة دار الكتب، ط٢، الكويت، ١٩٩٨، ص١٥٢.

(١٠٢) عبد الرزاق السنهوري: الوسيط (مصادر الالتزام)، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، ط٣، بيروت، ٢٠٠٩، ص١١٤٩.

(١٠٣) حسن عبد الباسط جميعي: الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية، دون دار نشر، دون سنة طبع، ص١٢٣.

(١٠٤) كما يسميه القانون التونسي، أو اتفاق التطوع كما يطلق عليه القانون الإماراتي.

وسواء أكان هذا العقد مكتوباً أم غير مكتوب، فإن المتطوع مرتبط بلا أدنى شك بتعليمات وأوامر الجهة المتطوع لديها، ولا يجوز له الخروج عليها، وإلا تعرض للمسؤولية[١٠٥]، إذ إن محل اتفاق التطوع هو أداء العمل التطوعي تحت رقابة وتوجيه الجهة المتطوع لديها، ولا فكاك له عن إشراف تلك الجهة إطلاقاً، حتى لو كان عمله تطوعياً دون مقابل[١٠٦]. فالتبعية لا تتطلب – كما رأينا – أن يكون العمل مأجوراً، بل يكفيها أن تستند إلى سلطة فعلية، تملك فيها الجهة المتطوع لديها أن تصدر التوجيهات اللازمة لذلك المتطوع الذي لا يجوز له الخروج عنها، وهذا ما يتناسب فعلاً مع طبيعة العمل التطوعي[١٠٧].

وإذا كانت هذه العلاقة التبعية لا تبدو صريحة في النظام الكويتي[١٠٨]، لاسيما خلال هذه الأزمة الصحية، فلا عقود مكتوبة، ولا نظام لائحي مؤسسي ينظم العمل التطوعي وآلية الاستعانة بالمتطوعين، لاسيما من مؤسسات خاصة ليست لها خبرة أو دراية كافية في العمل التطوعي[١٠٩]، وهي إن مارسته فقد كان من باب الحاجة الماسة لخدمة كل من يعيش على أرض الكويت[١١٠]. فإذا كانت كذلك في القانون الكويتي[١١١]،

---

(١٠٥) راجع في ذلك المبحث الأول: المطلب الثالث: الخاص بالالتزامات الناشئة عن اتفاق التطوع وجزاء الإخلال بهذه الالتزامات.

(١٠٦) S. Hennion-Moreau: precité, p. 399.

(١٠٧) وهو ما نراه - فعلاً - الآن إبان أزمة فيروس كورونا المستجد، بعد حاجة كثير من مؤسسات الدولة العامة والخاصة لهم، لا سيما الجمعيات التعاونية ومؤسسات العمل الأهلية الخيرية.

(١٠٨) ونعني بذلك القواعد العامة في القانون المدني. حيث إن لائحة تنظيم فرق العمل التطوعي سالفة الذكر، لم تتطرق إلى تنظيم العمل التطوعي المؤسسي أو التخصصي، إلا أنها سمحت لتلك الفرق أن تعمل تحت مظلة أي جمعية تطوعية مصرح بها، كالهلال الأحمر، وهذا الأخير بدوره لم ينظم أيضاً في نظامه الأساسي جوانب المسؤولية المدنية عن العمل التطوعي. راجع في ذلك: النظام الأساسي لجمعية الهلال الأحمر الكويتي الصادر بالقرار الوزاري رقم (١١٢) لسنة ٢٠٠٩ من قبل وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل.

(١٠٩) كالجمعيات التعاونية والفرق التطوعية ذات المبادرات الفردية.

(١١٠) والمتطوع يكون تابعاً لجهة التطوع أياً كانت المدة الزمنية التي أوقف فيها جهده وعمله لها، سواء طالت أو قصرت، فعلاقة التبعية لا يشترط أن تكون دائمة، بل قد تكون مؤقتة أو عرضية مادامت السلطة الفعلية موجودة في مثل هذا الوقت العرضي. راجع في ذلك: عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق، ص١١٥٤ وهوامشها.

(١١١) نقصد بذلك علاقة التبعية، وأنها غير واضحة، ليس لعدم قناعتنا بتوافر شرط التبعية الذي نراه متوافراً بين المتطوع والوجهة المتطوع لديها، بل بسبب عدم وجود قانون خاص بالعمل التطوعي ينص صراحة على مثل هذه التبعية أو يحمل الجهة المتطوع لديها المسؤولية عن =

إلا أن الأمر يبدو أكثر وضوحاً وصراحة في القانون المقارن(١١٢).

وبالرجوع إلى قانون تنظيم العمل التطوعي في إمارة دبي، يتضح لنا العديد من النصوص القانونية التي تبين تلك العلاقة التبعية بين المتطوع والجهة المتطوع لديها(١١٣). وهذا يبدو من التزام جهة التطوع بتحديد معايير وضوابط العمل التطوعي وبالتالي التزام المتطوع بهذه المعايير والضوابط(١١٤)، والإشراف على المتطوعين والتحقق من قيامهم بالأعمال التطوعية على الوجه المطلوب(١١٥)، والاتفاق على موضوع العمل التطوعي وطرق تنفيذه(١١٦)، والالتزامات التي يجب على المتطوع التقيد بها(١١٧)، والتدابير التي يمكن تطبيقها في حال إخلال المتطوع بأي من الالتزامات المنصوص عليها في القانون أو القرارات الصادرة بموجبه أو اتفاق التطوع(١١٨). وكذلك ما نص عليه المشرع من إطلاع المتطوع على النظام الداخلي للعمل التطوعي(١١٩)، ووجوب احترام المتطوع وتقديره ومساواته بغيره من المتطوعين(١٢٠)، وعدم تكليفه بإنجاز أعمال ومعاملات جهة التطوع(١٢١)، والتزام المتطوع بإنجاز العمل التطوعي بإتقان وإخلاص، تحت إشراف وتوجيه الجهة المتطوع لديها(١٢٢). كل تلك النصوص تثبت بصورة قطعية، تبعية المتطوع للجهة المتطوع لديها، سواء أكان ذلك

= أعمال تابعيها من المتطوعين عند الإضرار بالغير كما سوف نرى في القانون الإماراتي في حينه.

(١١٢) فالقانون التونسي المتعلق بالعمل التطوعي يتضمن - في حقوق وواجبات المتطوع - نصوصاً تبرز علاقة التبعية بين المتطوع والجهة المتطوع لديها، وذلك بالتزامه بإنجاز عمله بدقة وإخلاص وأمانة، واحترام زملائه من المتطوعين، وتمتعه بأيام راحة وعطل وأعياد بما لا يجوز معه تكليفه بالعمل خلال هذه الأيام. انظر في هذا الشأن: الباب الثالث من القانون الخاص بحقوق المتطوع وواجباته.

(١١٣) وأولها تلك التسمية، نعني تسميتها بالجهة المتطوع لديها المنصوص عليها في المادة الثانية من هذا القانون والتي تشير إلى خضوع المتطوع لتوجيهات ورقابة هذه الجهة.

(١١٤) المادة (١١) بند (١).

(١١٥) المادة (١١) بند (١١).

(١١٦) المادة (١٢) بند (١).

(١١٧) المادة (١٢) بند (٥).

(١١٨) المادة (١٢) بند (٦).

(١١٩) المادة (١٥) بند (٣).

(١٢٠) المادة (١٥) بند (٤).

(١٢١) المادة (١٥) بند (٧)

(١٢٢) المادة (١٦) بند (٢).

بشكل صريح أم ضمني. يكفي أن نقول بأن التبعية تتجلى في التزام جهة التطوع بعدم تكليف المتطوع بإنجاز أعمالها الخاصة، إذ يتبين من – مفهوم – هذا النص مدى سلطة الجهة المتطوع لديها على المتطوع، التي أراد المشرع أن يحد من سوء استغلالها(١٢٣).

وهكذا فإن علاقة التبعية تبدو جلية بين المتطوع (التابع) والجهة المتطوع لديها (المتبوع)، ولا يمكن أن تنتفي هذه التبعية بحجة أن العمل التطوعي عمل خيري أو إنساني أو تبرعي أو تربوي أو ثقافي أو دون مقابل؛ لأن العبرة هي بالتوجيه والرقابة على أداء العمل، ولا يهم بعد ذلك سبب هذا العمل(١٢٤).

ثانياً – ارتكاب المتطوع خطأً في أداء وظيفته التطوعية أو بسببها:

لا يكفي أن تقوم العلاقة التبعية بين شخصين، كي يسأل أحدهما عن فعل الآخر غير المشروع، بل أوجب المشرع – فضلاً عن ذلك – أن تنهض مسؤولية الشخص التابع (المتطوع) أولاً وفقاً للقواعد العامة، بأن يرتكب فعلاً غير مشروع(١٢٥)، فالمسؤولية هنا تبعية وليست أصلية، فلا تقوم إلا تبعاً لقيام مسؤولية التابع، وبشرط أن تكون كما وصفها المشرع "في أداء الوظيفة أو بسببها". معنى ذلك أنه متى ما أخطأ المتطوع – الذي يخضع لجهة التطوع ويأتمر بأمرها ويلتزم بتوجيهاتها – وأحدث ضرراً بالغير أثناء عمله التطوعي أو حتى بسببه، فإن تلك الجهة المتطوع لديها تسأل عن فعله، ويجوز اختصامها لإصلاح الضرر الذي سببه المتطوع(١٢٦).

والخطأ في أداء الوظيفة هو ذلك العمل الضار الذي يحدث أثناء تأدية الوظيفة، وهذا هو الأصل العام، أي أن يؤدي المتطوع عمله التطوعي بطريقة تسبب ضرراً بالغير، كالمتطوع الذي يسقط منه شيء على أحد المارة، أثناء ترتيب السلع المرصوصة في رفوف الجمعية التعاونية التي يعمل بها، فيصيبه بضرر جسماني، أو

---

(١٢٣) واضح جداً اقتراب هذه النصوص من نصوص قانون العمل.

(١٢٤) وإن كنا نعتقد بأنه يجب أن يؤثر في مدى تخفيف المسؤولية من قبل القضاء كما سنرى في حينه.

(١٢٥) سواء مسؤوليته عن أعماله الشخصية (بالخطأ الثابت) أو عن فعل الغير أو عن حراسة الأشياء على حسب الأحوال، وكلما كان ذلك ممكناً بحسب طبيعة الوظيفة التطوعية، وهذا ليس إلا تطويع للقواعد العامة في مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه. راجع في ذلك: سمير تناغو: مرجع سابق، ص٢٨١.

(١٢٦) Ph. Malaurie et L. Aynes: precite, p. 158.

ذلك المتطوع الذي يتسبب بإتلاف حاجيات المتسوق عند مساعدته؛ فالمتطوع هنا يقوم بتأدية عمله فعلاً[١٢٧].

وقد يكون الخطأ بسبب الوظيفة، وهذا يحدث عندما يقع الفعل غير المشروع من المتطوع وهو لا يؤدي عمله التطوعي، ولكن هذا العمل كان سبباً في ارتكابه لذلك الخطأ، فلولاه ما كان من الممكن ارتكابه، ولا حتى التفكير في ارتكابه[١٢٨]، كالمتطوع الذي يعتدي على أحد المتسوقين في مكان العمل، والمتطوع الذي يسرق بعض السلع التي توردها بعض الشركات للجمعيات التعاونية خلال العمل[١٢٩]، أو المتطوع الذي يعتدي على أحد الأفراد أثناء توزيع الوجبات الغذائية[١٣٠].

تلك هما الحالتان اللتان تسأل عنهما الجهة المتطوع لديها عن أعمال المتطوع الضارة وفقاً لقواعد مسؤولية المتبوع (جهة التطوع) عن أعمال تابعه (المتطوع)، التي نصت عليها صراحة المادة (٢٤٠) من القانون المدني الكويتي، لكن كل من الفقه والقضاء يشير إلى حالة ثالثة[١٣١]، وهي الخطأ المرتكب بمناسبة الوظيفة، فالفعل غير

(١٢٧) يستوي بعد ذلك أن يكون الخطأ بأمر من جهة التطوع أو بعلمها أو بغير علمها ولكن دون اعتراض، وحتى لو وقع الفعل الضار دون أمر جهة التطوع أو رغم معارضتها. عبد الرسول عبد الرضا وجمال النكاس: مرجع سابق، ص٢٦٨.

(١٢٨) عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق، ص١١٦١؛ سمير تناغو: مرجع سابق، ص٢٨٢.

(١٢٩) فالعبرة وفقاً لصياغة نص المادة (٢٤٠) من القانون المدني الكويتي ليس بوقت الفعل بل بمدى ارتباطه بالعمل أي بأدائه؛ لذا كانت هذه الحالة – من وجهة نظرنا – بسبب الوظيفة وليس في أداء الوظيفة، فالأخيرة تفترض أن الخطأ وقع عند تأدية العمل. انظر: الأعمال التحضيرية والمذكرة الإيضاحية وهما بصدد تفسير النص المذكور والتعليق على صياغته.

(١٣٠) أثار مقطع مصور لاعتداء عضو متطوع على أحد الأفراد خلال توزيع وجبات طعام استنكاراً واسعاً عبر مواقع التواصل الاجتماعي في الكويت. وتظهر اللقطات شخصاً "متطوعاً" في لجان النظام، أثناء توزيع وجبات إفطار، يلاحق شخصاً آخر، قبل أن ينهال عليه بالضرب مراراً لسبب غير معروف. السبيل عدد ١١ مايو ٢٠٢٠:
http://assabeel.net/news/2020/5/11/

(١٣١) لم ينص عليها المشرع الكويتي ولا القانون المصري باعتباره المصدر التاريخي لهذا النص. وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأنه:".. مفاده أن مسئولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعه لعمله غير المشروع تقوم على خطأ مفترض في جانب المتبوع فريضاً لا يقبل إثبات العكس متى كان العمل غير المشروع قد وقع منه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها أو ساعدته هذه الوظيفة أو هيأت إتيان فعله غير المشروع، كما أن استخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية ونسبته إلى فاعله وما نجم عنه من ضرر ورابطة السببية فيما بينهما وتقدير التعويض الجابر لهذا الضرر هو من أمور الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع" ولا نظن من جانبنا بأن القضاء يأخذ بالخطأ المرتكب بمناسبة الوظيفة، ولا يوجد حكم بهذا الخصوص على حد =

المشروع في هذه الحالة لم يرتكب أثناء تأدية الوظيفة ولا بسببها، بل أن الوظيفة هي من هيأت ويسرت وقوعه، دون أن تكون لازمة لوقوعه، فالوظيفة لم تكن الدافعة إلى ارتكابه، لكنها ليست ببعيدة عنه، فهي ساعدت بذلك وكانت ذات صلة وعلاقة لارتكاب الخطأ؛ فهي أشبه باستغلال الوظيفة وإمكاناتها لارتكاب الخطأ دون أن تكون الوظيفة هي من دفعته لذلك. ومن جانبنا نستبعد الأخذ بهذا التوسع؛ لأنه لا يتناسب وطبيعة العمل التطوعي الذي يهدف إلى المنفعة العامة من ناحية، وأن المشرع لم ينص عليه صراحة لصعوبة تحديد معيار مناسب في هذا الشأن من ناحية أخرى(١٣٢).

وهكذا فإذا كان الخطأ أجنبياً كلياً عن الوظيفة التطوعية ولا علاقة له بها، فلا هو قد وقع أثناء أدائها ولا بسببها بالمفهوم السابق(١٣٣)، فلا جناح على الجهة المتطوع لديها، ولا يمكن مساءلتها عن أي فعل ضار يقوم به المتطوع، إذا كان غير متصل بالوظيفة بالتوضيح السابق بيانه؛ ولذلك فإن الجهة المتطوع لديها لا تسأل عن الضرر الذي يحدثه المتطوع في غير ساعات العمل التطوعي(١٣٤).

= علمنا التزاماً بنص المادة (٢٤٠) من القانون المدني، الذي صدر سنة ١٩٨٠، أي أثناء ما كان هذا الخلاف موجوداً في الفقه والقانون المصري، أحد أهم مصادر القانون الكويتي، ولو أراد المشرع لضمنها صراحة بالنص المذكور، أما ما ورد في الحكم المذكور فما هو إلا تدليل للخطأ المرتكب بسبب الوظيفة الذي من الصعب ضبط معياره، وهذا مستقر عليه قضاء. تمييز تجاري، طعن رقم (١٦٢٢ لسنة ٢٠١٣) الصادر بجلسة ٣ فبراير ٢٠١٦، أنظمة صلاح الجاسم؛ تمييز مدني، طعن رقم (٢٠ لسنة ١٩٩٥) الصادر بجلسة ٢٨ أكتوبر ١٩٩٦؛ تمييز تجاري، طعن رقم (٥٩ لسنة ١٩٩٣) الصادر بجلسة ٧ ديسمبر ١٩٩٣؛ راجع: القواعد من ١١٤-١٢٨ من مجموعة القواعد التي قررتها محكمة التتمييز، القسم الثالث، المجلد الثالث، يوليو ١٩٩٩.

(١٣٢) ونظراً لذلك انقسم الفقه بشأنها بين مؤيد ومعارض. راجع في هذا الخصوص، عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق، ص١١٦٩ وما بعدها؛ إبراهيم أبو الليل: مرجع سابق، ص١٥٨ وما بعدها.

(١٣٣) والقضاء هو من يلعب الدور الأبرز في هذا الخصوص، ويعالج كل حالة على حدة.

(١٣٤) ذكرت الإدارة العامة للعلاقات والإعلام الأمني بوزارة الداخلية أنه تم استدعاء أحد المتطوعين والذي قد ظهر بمقطع فيديو تم تداوله على وسائل التواصل الاجتماعي وهو يعتدي على أحد العاملين بمحطة تعبئة الوقود. وأوضحت الإدارة أن الأجهزة الأمنية المختصة قامت على الفور باستدعاء الشخص بعد رصد مقطع الفيديو وإحالته إلى الجهة المختصة للتحقيق معه وجاري تسجيل قضية مقيدة بالاعتداء بالضرب والسب. جريدة الجريدة عدد ١٠ مايو ٢٠٢٠. وذلك على الرابط الآتي: https://www.aljarida.com/articles/1589139489338076400/

ثالثاً – تقييم شروط قيام المسؤولية:

واضح جداً من الشرطين السابقين مدى جسامة حجم مسؤولية الجهة المتطوع لديها قِبل الغير، عند وقوع أي ضرر من المتطوع أثناء الوظيفة أو بسببها؛ إذ إنه ورغم أن جهة التطوع نفسها تبتغي – في عملها – تنمية المسؤولية المجتمعية، وغرس ثقافة التطوع عن طريق تشجيع المشاركة الإيجابية، في الأنشطة الاجتماعية والإنسانية وسد حاجات المجتمع، والتخفيف عن كاهل الدولة ومساعدتها في الأزمات والكوارث؛ إلا أنها تجد نفسها – كجهة تنظم العمل التطوعي – مسؤولة عن أفعال كل المتطوعين لديها تجاه الغير باعتبارهم تابعين لها، توجههم وتشرف على أعمالهم وتراقبها. كل ذلك كان وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية المدنية في النظام القانوني الكويتي، التي متى تحققت شروطها حقت أحكامها وفقاً للقانون، ولن يغفر للجهة المتطوع لديها كون عملها ليس ربحياً.

بمعنى آخر، إن عدم وجود قانون خاص ينظم العمل التطوعي، والعلاقة ما بين المتطوع والجهة التي يرغب في التطوع لديها، حتم علينا اللجوء إلى القواعد العامة[١٣٥]؛ لذا فإن قواعد المسؤولية، ليس لها أي نوع من الخصوصية في شأن العمل التطوعي[١٣٦]، لذلك حرصت بعض الدول على تنظيم قانون خاص للعمل التطوعي؛ لسببين رئيسيين: أهميته واتساع رقعة انتشاره في الآونة الأخيرة؛ وطبيعته الخاصة التي تحتاج إلى معالجته بأسلوب معين، يتناسب مع خصوصيته وأهدافه السامية، وعدم تركه للقواعد العامة لاسيما من جانب المسؤولية.

وبالرجوع إلى قانون إمارة دبي في شأن العمل التطوعي، يبدو لدينا جلياً مدى تحمّل الجهة المتطوع لديها المضار التي يحدثها المتطوع، وفضلاً عن القواعد العامة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي[١٣٧]، فقد قضت المادة (٨/ج) من القانون المذكور بأن جهة التطوع تتحمل مسؤولية وتبعات ما يؤديه هؤلاء الموظفون من أعمال تطوعية، وهذا هو الحال عندما تكون الجهة العامة أو الخاصة هي من وجهت

(١٣٥) وتلك القواعد أوجدها القانون بتجرد يسع العديد من الحالات لضمان استمرارية انطباقها، إذ من المعلوم أن النصوص متناهية والوقائع غير متناهية.

(١٣٦) وكما قدمنا سلفاً فإننا لم نقع على حكم قضائي بشأن المسؤولية المدنية عن الأضرار التي قد تحدث من مزاولة العمل التطوعي، وإن كان للقضاء دور في المستقبل، فيما بعد لو عرض عليه مثل تلك المسائل، لاصطدم بحدة تجرد القواعد العامة وربما توقف عند حد معين، وإن كانت الغاية نبيلة من العمل التطوعي.

(١٣٧) التي تعالج مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه (٣١٣/ب) من القانون المذكور أعلاه.

ونسقت لأعمال موظفيها المتطوعين لدى الجهة المتطوع لديها، وهو ما يسمى بالعمل التطوعي المؤسسي الذي جعله المشرع جزءاً من المسؤولية المجتمعية لمؤسسات الإمارة العامة والخاصة والأهلية(١٣٨).

وهذه المسؤولية وإن كانت عن عمل الغير (الموظفين المتطوعين)، إلا أنها مختلفة عن المسؤولية الملقاة على عاتق الجهة المتطوع لديها في غير تلك الحالات، وهي غالباً ما تكون في الأعمال التطوعية التخصصية(١٣٩)، أو بعبارة أشمل في غير الأعمال التطوعية المؤسسية، كالتي تكون فيها العلاقة مباشرة بين المتطوع والجهة المتطوع لديها دون تنسيق وتوجيه من جهة عمل المتطوع؛ وهذا ما قررته المادة (١٨) من قانون العمل التطوعي، بأن تكون الجهة المتطوع لديها مسؤولة تجاه الغير عن نتائج العمل التطوعي الذي يقوم به المتطوع.

وهكذا فإنه وإن كانت شروط قيام المسؤولية قد ترهق جهات التطوع فتعزف تلك المؤسسات عن الأعمال الإنسانية، بسبب الأحكام الجامدة لهذه المسؤولية، إلا أن بعض الدول حققت تقدماً ملحوظاً في هذا الشأن للتخفيف من حدة الآثار المترتبة على المسؤولية المدنية، بتدابير تتناسب مع طبيعة العمل التطوعي، وهذا ما سوف نعرض إليه عند دراسة أحكام المسؤولية.

المطلب الثاني
مسؤولية الجهة المتطوع لديها

لما كانت مسؤولية جهة التطوع تجد أساسها القانوني في اعتبارها جهة متبوعة وبالتالي مسؤولة عن تابعيها(١٤٠)، فإن نطاق هذه المسؤولية ينحصر فيما بين الجهة المنظمة للعمل التطوعي والمضرور فقط، والأخير هو من يقرر خيار الرجوع، هو وشأنه في اختيار نوع المسؤولية التي يرغب في الرجوع على أساسها، فإما يختاره على أساس مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه، أو يختاره بالتأسيس على مسؤولية

---

(١٣٨) المادة (٨) بند أ من القانون المذكور؛ راجع أيضاً: المبحث الأول: المطلب الأول: في هذا الشأن.

(١٣٩) راجع: المادة (٧) في شأن العمل التطوعي التخصصية.

(١٤٠) اختلفت الآراء نحو مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه، فمنهم من يرى بأن أساسها يعود إلى نظرية النيابة، ومنهم من يرى أن الخطأ المفترض هو أساس المسؤولية، أما البعض فيعتقد بأن نظرية تحمل التبعة أو المخاطر هي أساس المسؤولية، في حين أن البعض الآخر يميل إلى نظرية الضمان أو الكفالة القانونية. انظر: حسن جميعي: مرجع سابق، ص ١٣٠.

المتطوع الشخصية، فإن اختار جهة التطوع، حق لها الرجوع على المتطوع فيما دفعت عنه (أولاً)، إلا إذا تمكنت من دفع المسؤولية عنها (ثانياً)، وهذا يتطلب منا تقييماً لهذه المسؤولية لبيان مدى فاعليتها وفقاً للقواعد العامة مقارنة بالتشريع الإماراتي الخاص بالعمل التطوعي (ثالثاً).

أولاً – حق الجهة المتطوع لديها في الرجوع على المتطوع:

الجهة المنظمة للعمل التطوعي، باعتبارها متبوعاً، مسؤولة عن أفعال المتطوع، لأنه تابع لها، فالمسؤولية – كما قدمنا – ليست شخصية، بل إنها مسؤولية تبعية، فلا تنهض مسؤوليتها إذاً إلا إذا قامت مسؤولية المتطوع، وهذا يقتضي – وفقاً للقواعد العامة – أحقية المضرور (الغير) في الرجوع على الأول (جهة التطوع) أو الثاني (المتطوع)، وله أيضاً الرجوع عليهما معاً على سبيل التضامن، والغالب أن المضرور يرجع على المتبوع إذا وجده موسراً، فإذا دفع المتبوع التعويض للمضرور، حق له أن يرجع به كاملاً على التابع[١٤١].

وغني عن البيان أنه إذا كان التابع هو الذي أدى التعويض للمضرور فإنه لا يرجع بشيء على المتبوع، اعتباراً بأن مسؤولية هذا الأخير لا تعدو أن تكون مسؤولية ضمان، وهذا هو الأصل العام. على أنه تجدر الإشارة إلى أن عدم الرجوع على جهة التطوع يقتضي بأن الخطأ المرتكب من المتطوع، خطأ مستقل تماماً عن الجهة المتطوع لديها، فإذا ساهمت الأخيرة بهذا الخطأ، فإنها تكون مسؤولة أمام المضرور بكل التعويض على سبيل التضامن؛ أما من قبل المتطوع فيوزع غرم المسؤولية بينهما بقدر دور كل منهما في الخطأ، فإذا تعذر تحديد دور كل منهما فيه، وزع عليهم غرم المسؤولية بالتساوي[١٤٢].

وإذا كانت هذه هي القاعدة العامة، فإن جهة التطوع لا تملك دوماً الرجوع على المتطوع فيا أحدثه من ضرر بالغير، إذ إن المشرع الإماراتي في نص المادة (١٧) من قانون العمل التطوعي، قد أعفى المتطوع صراحة من المسؤولية المدنية، وبات من غير المشروع قانوناً لجهة التطوع الرجوع عليه، حتى لو سبب ضرراً للغير، إذا التزم الضوابط التي نصت عليها المادة المذكورة كما سنرى.

---

(١٤١) وصار له حق الحلول القانوني محل المضرور وفقاً لنص المادة (٣٩٤) من القانون المدني الكويتي.

(١٤٢) وهذا يفترض بالتأكيد أن يكون كل من جهة التطوع والمتطوع مساهمين في الخطأ نفسه، أما إذا استغرق خطأ الجهة المنظمة للعمل التطوعي خطأ المتطوع، كأن يكون بناء على أوامرها وتنفيذاً لتوجيهاتها، فإن المتطوع لا يكون مسؤولاً.

ثانياً – دفع مسؤولية الجهة المتطوع لديها:

قدمنا بأن المسؤولية عن أعمال التابع مسؤولية تبعية وليست أصلية، فهي أشبه بضمان المتبوع لأفعال تابعه الضارة التي أحدثها في حق الغير، ولأنها مسؤولية ضمان، جاز للمتبوع الرجوع على تابعه لاستيفاء حقه منه، إذا تكبد غرم التعويض عنه(١٤٣).

وهكذا فإذا رجع المضرور على جهة التطوع بسبب فعل المتطوع الضار، فلا يمكنها دفع المسؤولية بنفي الخطأ من جانبها، كأن تثبت أنها كجهة تطوع لم تقصّر أو تهمل في رقابة وتوجيه المتطوع، أو أنها اتخذت كل الاحتياطات اللازمة وكان الخطأ واقعاً لا محالة حتى رغم اتخاذ كافة التدابير اللازمة؛ لذا فإن الطريق الوحيد لدفع المسؤولية هو نفي خطأ المتطوع، وفقاً للقواعد العامة، لينتفي معه بحكم اللزوم خطأ الجهة المنظمة للعمل التطوعي، فإذا قامت مسؤولية التابع انتهضت معها مسؤولية المتبوع لا تنفك عنها إطلاقاً، إلا إذا انتفت الأولى، نظراً لتبعية المسؤولية الثانية لها(١٤٤).

وقد نظم المشرع الإماراتي قواعد الإعفاء من المسؤولية بشكل يتناسب والعمل التطوعي بشأن المتطوع، وهو ما يفترض أن ينعكس إيجاباً على جهة التطوع باعتبار أن مسؤوليتها تبعية، فلا تقوم إلا بقيام مسؤولية المتطوع، وانتفاؤها يؤدي إلى إمكان دفع مسؤولية جهة التطوع، إلا أن هذا الإعفاء كان استثنائياً للمتطوع دون الجهة المتطوع لديها. وفي ذلك قرر بأن يعفى المتطوع من المسؤولية المدنية(١٤٥) بشرط أن يكون مسجلاً لدى هيئة تنمية المجتمع، وأن يكون اتفاق التطوع المبرم بينه وبين الجهة المتطوع لديها ساري المفعول، وأن يكون قد تلقى التدريب الكافي، وألا يتجاوز عمله التطوعي الأعمال التي تدرب عليها، وأن تكون الأعمال التطوعية التي قام بها بحسن نية وبهدف القيام بالعمل التطوعي المحدد في اتفاق التطوع وليس لتلقي أي مكافأة أو منفعة شخصية، وأخيراً ألا يكون هناك أي نوع من أنواع الإهمال أو الخطأ من جانب المتطوع(١٤٦).

وبذلك يكون المشرع قد حمّل جهة التطوع مسؤولية عمل المتطوع وتبعاته من قِبل الغير، حتى في ظل إعفاء هذا المتطوع من المسؤولية بنص صريح(١٤٧). ورغم

---

(١٤٣) إبراهيم أبو الليل: مرجع سابق، ص١٦٤.

(١٤٤) سمير تناغو: مرجع سابق، ص ٢٨٥.

(١٤٥) والمسؤولية الجزائية؛ المادة (١٧) من القانون المذكور أعلاه.

(١٤٦) وفقاً لما سنراه لاحقاً بشيء من التفصيل في المطلب الثالث.

(١٤٧) سواء أكانت جهة التطوع عامة أم خاصة أم منشأة أهلية. راجع: المادة (١٨) من قانون تنظيم العمل التطوعي في إمارة دبي.

أن هذا النص يستفيد منه المتطوع لدفع مسؤوليته، إلا أنه يؤخذ عليه أنه لم يقدم له كثيراً في ذلك، رغم أنه يقوم بعمل ذي طابع خاص(١٤٨)؛ لأنه اشترط للإعفاء من المسؤولية، ألا يكون هناك أي نوع من أنواع الإهمال أو الخطأ كما سوف نرى(١٤٩).

ثالثاً – تقييم مسؤولية الجهة المتطوع لديها:

تبين لنا من خلال دراسة أحكام المسؤولية أن القواعد العامة في القانون المدني تعتبر جامدة بالنسبة إلى علاقات العمل التطوعية، ولذلك لجأنا إلى قانون إمارة دبي بشأن تنظيم العمل التطوعي لبيان وجه المعالجة التشريعية التي خص بها المسؤولية المدنية؛ إذ إنه ورغم تأكيد هذ القانون، مسؤولية الجهة التابع لها المتطوع تجاه الغير عن تبعات ما يؤديه هؤلاء المتطوعون من أعمال تطوعية، وهو ما يثبت أنها مسؤولية مدنية تخضع في إطارها العام للقواعد العامة في المسؤولية(١٥٠)، إلا أنه خص العمل التطوعي ببعض القواعد التي تتناسب مع طبيعته.

وأهم ما تضمنه – كما رأينا – هو إعفاء المتطوع من المسؤولية المدنية وفقاً للضوابط، وهذا يعني أن المشرع الإماراتي في دبي وضع نصب عينيه أولوية حماية المتطوع، معتبراً إياه أضعف طرف في العلاقة التطوعية، وهو بذلك حمّل المسؤولية التقصيرية للمتطوع على عاتق جهة التطوع، وفي ذلك نوع من الشدة والتجرد تجاه الجهة المنظمة للعمل التطوعي، وهو في ذلك سلك مسلك القواعد العامة؛ إذ إن المؤسسات التي تقوم على العمل التطوعي لا تقل أهمية عن المتطوع ذاته، فهي تمارس عملاً غير ربحي أيضاً، وتتطلع لتلبية حاجات المجتمع في شتى مجالات الحياة قاصداً المصلحة العامة، ولم يفت المشرع الإماراتي هذا الأمر(١٥١)، فقد ألزم

---

(١٤٨) عمل "تفضلي" يقاس بالجهد المبذول والوقت الذي يقدمه دون أجر، كحال جهة التطوع.

(١٤٩) ونقدنا قد يتضاءل أمام القوانين التي تجعل من الضرر أساس المسؤولية على خلاف القانون الكويتي الذي يجعل من الخطأ أساس المسؤولية (المادة ٢٢٧ من القانون المدني الكويتي)، فالقانون المدني الإماراتي من أنصار نظرية الضرر كأساس لقيام المسؤولية لا سيما المسؤولية الشخصية فهي ضمان أكثر من أنها مسؤولية (راجع: المادة ٢٩٩ وما بعدها من القانون المدني الإماراتي) وهي قواعد تتفق والشريعة الإسلامية.

(١٥٠) وتحديداً المسؤولية عن فعل الغير، وبشكل خاص مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه.

(١٥١) وإجراء هذا التأمين ملزم أيضاً للجهة المتطوع لديها لتغطية المتطوعين ضد الإصابات والعدوى، وذلك بالنسبة للأعمال التطوعية التي تحددها هيئة تنمية المجتمع في دبي. المادة (١١) البند (٦) من قانون تنظيم العمل التطوعي في إمارة دبي.

الجهة المتطوع لديها بتغطية المتطوعين بتأمين ضد المسؤولية المدنية المترتبة على الإضرار بالغير، وحسناً فعل بذلك(١٥٢).

وهكذا يكون المشرع الإماراتي قد ساهم في حماية المتطوع والجهة المتطوع لديها على حد سواء من تحمل غرم المسؤولية، حتى لو كان يؤخذ عليه بأن اشتراكات التأمين سوف تكون على عاتق جهات التطوع، إذ يمكن الرد على ذلك بأن تلك الجهات غالباً ما تستقبل تبرعات من جهات عدة بما فيها الدولة، ويمكن استقطاع جزء من هذا الدعم لسداد اشتراكات التأمين، فمن أهم واجبات جهات التطوع عدم تحميل المتطوعين أي نفقات، وهذا يشجع الأفراد على العمل التطوعي، والجهات على استقطاب المتطوعين، والتوسع في مجالات العمل الإنساني، دون قلق من عواقب المسؤولية المدنية، التي قد تترتب جراء الأضرار التي قد يحدثها المتطوع ويسأل عنها في بعض الأحيان شخصياً، وهذا ما سوف نتطرق إليه الآن.

المطلب الثالث
المسؤولية الشخصية للمتطوع

لا شك بأن مسؤولية المتطوع تبقى قائمة في القانون الكويتي عملاً بالقواعد العامة في القانون المدني؛ فكل من يحدث بفعله الخاطئ ضرراً شخصياً يلتزم بالتعويض عنه. إذا كان الأمر كذلك في القانون الكويتي، فما هو الحال في القانون الإماراتي إذن؟ لن نتناول هنا القواعد العامة للمسؤولية الشخصية، وسوف نقتصر على الضوابط التي نصت عليه المادة (١٧) من قانون العمل التطوعي في إمارة دبي، واعتبار المشرع الخروج عليها، أساساً للمسؤولية الشخصية للمتطوع؛ ويمكن رد مجمل هذه الضوابط إلى ثلاث حالات: عدم فاعلية اتفاق التطوع (أولاً)، وتجاوز المتطوع حدود مهمته (ثانياً)، وأخيراً خطأ المتطوع (ثالثاً).

---

(١٥٢) وهذا يتفق والنهج الذي اتخذه المشرع البلجيكي في ضرورة وجود تأمين يغطي جهة التطوع من المسؤولية التي قد تنشأ بسبب المتطوع، فجهات التطوع تعد مسؤولة مدنياً عن الأضرار التي تقع من ذلك المتطوع. انظر:

Et en droit belge dans l’article 6 de la Loi du 3 juillet 2005 relative aux droits des volontaires dispose que: « Les organisations qui, en vertu de l’article 5, sont civilement responsables des dommages causįs par le volontaire contractent, afin de couvrir les risques liįs au volontariat, une assurance qui couvre au minimum la responsabilitį civile de l’organisation ». Et en droit francais: La personne volontaire est affilie?e obligatoirement aux assurances sociales du re?gime ge?ne?ral. Voir l’article 13 de la loi de France 2006-586 du 23 relative au volontariat, precitįe.

أولاً – عدم فاعلية اتفاق التطوع:

تنظيماً للعمل التطوعي في إمارة دبي، عهد المشرع في قانون العمل التطوعي إلى هيئة تنمية المجتمع جميع السلطات اللازمة في الرقابة والإشراف على العمل التطوعي، ووضع الخطط والسياسات العامة له، وإنشاء قاعدة بيانات لقيد المتطوعين، والتنسيق مع الجهات الحكومية والجهات الخاصة والمنشآت الأهلية في كل ما يتعلق بتنفيذ الأعمال التطوعية، واعتماد نموذج اتفاق التطوع بالتنسيق مع الجهات المتطوع لديها[١٥٣]؛ بحيث لا يجوز تنفيذ أي عمل تطوعي أو السماح به إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من الهيئة المذكورة[١٥٤]، كما لا يجوز الاستعانة بأي متطوع إلا من خلال اتفاق التطوع الذي تعده الهيئة[١٥٥]. وإعمالاً لذلك، وحتى لا تتحقق المسؤولية المدنية الشخصية للمتطوع، يجب أن يكون مسجلاً في الهيئة، كما يجب أن يكون اتفاق التطوع المبرم بينه وبين الجهة المتطوع لديها ساري المفعول[١٥٦]، فإذا لم يكن كذلك، بأن انقضى العقد أو كان باطلاً أو مارس المتطوع العمل التطوعي دون تصريح، قامت مسؤوليته الشخصية، واعتبر بذلك مخطئاً، وملتزماً بتعويض كل عمل أدى إلى الإضرار بالغير، دون أن يستفيد من قواعد الإعفاء من المسؤولية[١٥٧].

ثانياً – تجاوز المتطوع حدود مهمته التطوعية:

يشترط المشرع الإماراتي أن يكون المتطوع قد تلقى تدريباً كافياً، وأن يمارس عمله بحسن نية مستهدفاً بذلك المنفعة العامة، فالعمل التطوعي يقوم على المصلحة الوطنية العليا، التي لا تبتغي من خلالها جموع المتطوعين مقابلاً أو أجراً أو أي منفعة شخصية، ولذلك أوجب المشرع على المتطوع أن يلتزم حدود مهمته وعمله الذي تدرب عليه[١٥٨]، فإذا تجاوز ذلك وأحدث بفعله ضرراً بالغير، اعتبر مخطئاً وحق عليه التعويض، ولن يعفيه من تلك المسؤولية طبيعة العمل الوطني أو الإنساني الذي قام به

---

(١٥٣) راجع: المادة (٥) من قانون العمل التطوعي في إمارة دبي.

(١٥٤) انظر: المادة (٦) من قانون العمل التطوعي في إمارة دبي.

(١٥٥) راجع: المادة (١٢) من قانون العمل التطوعي في إمارة دبي.

(١٥٦) انظر: المادة (١٧) من قانون العمل التطوعي في إمارة دبي.

(١٥٧) راجع: المادة (١٣) من قانون العمل التطوعي في إمارة دبي.

(١٥٨) وهي أشبه بالقواعد العامة والمبادئ المستقرة في قيام الموظف أو العامل بأداء وظيفته أو عمله في الحدود المرسومة له من قبل القوانين أو النظم واللوائح أو توجيهات الرئيس أو رب العمل على حسب الأحوال. انظر في ذلك:
S. HENNION-MOREAU: précité, p. 406.

مادام أنه تجاوز العمل المتفق عليه أو الذي تدرب عليه أو كان سيِّئ النية؛ لأن ترك باب تنفيذ العمل التطوعي على مصراعيه، في ظل استفادة المتطوع بقواعد الإعفاء من المسؤولية، سوف يؤدي حتماً إلى سوء استغلال هذا العمل النبيل، أو القيام به بطيش ودون اتخاذ الاحتياطات اللازمة، وهو ما تنبه له المشرع(١٥٩).

ثالثاً – الإهمال أو الخطأ من جانب المتطوع:

وقبل أن نعرض للقانون الإماراتي في هذا الشأن، يجب أن نشير بإيجاز إلى أن المسؤولية المدنية – وفقاً للقواعد العامة – تقوم باجتماع ثلاثة أركان: الخطأ، الضرر، وعلاقة السببية(١٦٠)؛ والمعلوم أنه لم يرد في القانون المدني تعريف للخطأ بتعمد من المشرع(١٦١)؛ ومع ذلك يمكن تعريف الخطأ بأنه العمل غير المشروع أو الفعل الضار(١٦٢)، أو الإخلال بالتزام سابق أو واجب قانوني(١٦٣)، أو كما استقر في قضاء محكمة التمييز الكويتية بأن: "الانحراف عن السلوك المألوف وما يلزم به الشخص العادي من اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير في مثل الظروف المحيطة بالمنسوب إليه الخطأ"(١٦٤).

وهكذا متى ما أخطأ المتطوع بفعله الشخصي، وسبب ضرراً للغير حقت

---

(١٥٩) انظر: المادة (١٧/٣-٤) من قانون العمل التطوعي في إمارة دبي.

(١٦٠) المادة (٢٢٧) من القانون المدني الكويتي الذي يمثل الأصل العام لقواعد المسؤولية عن الأعمال الشخصية.

(١٦١) حيث ترك مسألة تحديد فكرة الخطأ كركن لقيام المسؤولية المدنية للفقه والقضاء، كي يضفي عليها نوعاً من المرونة لمواكبة التطور في الفكر القانوني. انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي. تمييز مدني كويتي: طعن رقم ١١٨ لسنة ١٩٩٧، جلسة ١٩٩٨/٤/٢٧، أنظمة صلاح الجاسم.
تمييز مدني كويتي: الطعنان رقما ٦٦، ٦٩ لسنة ٢٠٠٣، جلسة ٢٠٠٣/١٠/٢٧، أنظمة صلاح الجاسم. تمييز مدني كويتي: طعن رقم ٧٥ لسنة ١٩٩٩، جلسة ٢٠٠٠/٤/١٧، أنظمة صلاح الجاسم. تمييز مدني كويتي: طعن رقم ٤١١ لسنة ٢٠٠١، جلسة ٢٠٠٢/٦/١٠، أنظمة صلاح الجاسم.

(١٦٢) عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق، ص ٨٧٩.

(١٦٣) عبد الرسول عبد الرضا وجمال النكاس: مرجع سابق، ص ٢٢٨.
Voir aussi A. Bénabent, Droit civil: les obligations, Motchrestien 2007, 11 édition, p. 383 et suivant.

(١٦٤) تمييز مدني كويتي: طعن رقم ١١٨ لسنة ١٩٩٧، جلسة ١٩٩٨/٤/٢٧، أنظمة صلاح الجاسم. تمييز مدني كويتي: طعن رقم ١٩٩٧/١٥، جلسة ١٩٩٨/١/٥، مجلة القضاء والقانون، السنة ٢٦، ج١ مايو ٢٠٠١، قاعدة رقم ٨٠، ص ٣٥٩.

مسؤوليته والتزم بالتعويض، والإهمال ليس إلا صورة من صور الخطأ[١٦٥]. وهذه القواعد قابلة للتطبيق على المتطوع دون أدنى تخصيص؛ وبالتالي فإن المعيار العام لتحديد الخطأ هو "الانحراف عن السلوك"، لذا يسأل المتطوع عن خطئه سواء أكان خطأ يسيراً أم جسيماً[١٦٦]، فلا تمييز بينهما في المسؤولية عن الأعمال التطوعية. وإذا كان هذا هو الشأن في القانون الكويتي، إلا أنه لا يختلف كثيراً عنه في القانون الإماراتي؛ الذي وبعد أن أصدر قانوناً خاصاً في العمل التطوعي لتنظيمه والمحافظة على حقوق المتطوعين، نص صراحة في المادة (١٧/٥) على مسؤولية المتطوع الشخصية في حال ارتكابه أي نوع من الإهمال أو الخطأ.

وهذا ما يؤكد لنا مسايرة المشرع في دبي للقواعد العامة، فالخطأ لا يمكن الإعفاء منه حتى لو كان بسيطاً، وفي ذلك نوع من الإرهاق على المتطوع، وضد ممارسته العمل بأريحية تامة، نتيجة قلقه من ارتكاب أي نوع من أنواع الخطأ، ومن ثم مسؤوليته عنها، وقد عالج القانون البلجيكي مثل هذا الفرض بشكل مختلف وأكثر حماية للمتطوع، بأن اشترط لقيام مسؤوليته أن يكون الخطأ جسيماً أو يرتكب تدليساً (غشاً)[١٦٧]،

(١٦٥) راجع: خلاصة دروس منصور مصطفى منصور، المصادر غير الإرادية للالتزام، ج١، جامعة الكويت، ١٩٨٠-١٩٨١، ص ١٨. انظر أيضاً: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٩٣١.

(١٦٦) المقصود بالخطأ الجسيم هو ذلك الخطأ الذي لا يقترفه أقل الناس فطنة، أو أكثرهم إهمالاً، أو هو الخطأ الذي يؤدي إلى ضرر جسيم أو كبير بحيث يبتعد فيه الفاعل عن سلوك الرجل المعتاد الذي أحاطت به ذات الظروف، أما الخطأ اليسير فيقصد به الخطأ الذي يمكن أن يقع به عوام الناس فهو خطأ قليل الأهمية نسبة إلى تفاهة الضرر أو ضآلته، أو هو الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص المعتاد أو رب الأسرة الحريص، وبصفة عامة كل ما يخرج عن نطاق الخطأ الجسيم والغش. محمد السعيد رشدي: الخطأ غير المغتفر، دراسة في القوانين: الفرنسي والمصري والكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٥، الكويت، ص١٣٩ وما بعدها. انظر أيضاً: أحمد إبراهيم حسن، أساس المسؤولية العقدية في القانون الروماني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دون سنة طبعة، ص ١١ و ٨٠.

(١٦٧) Article 5 de la Loi du 3 juillet 2005 relative aux droits des volontaires: « Sauf en cas de dol, de faute grave ou de faute lįgѮre prįsentant dans le chef du volontaire un caractѮre habituel plutїt qu'accidentel, celui-ci n'est pas, sauf s'il s'agit de dommages qu'il s'occasionne á lui-meme, civilement responsable des dommages qu'il cause dans l'exercice d'activitįs volontaires organisįes par une association de fait... »

- وقد تم تعديل هذا القانون عدة مرات في ٢٠٠٦ و٢٠٠٩ و٢٠١٤ و٢٠١٨ وآخرها ٢٠١٩.

(١٦٨) وقد رأينا أن ما يخفف من حدة هذه المساءلة، هو نظام التأمين ضد المسؤولية الذي فرضه المشرع الإماراتي في هذا الشأن حماية للمتطوع.

وبذلك يمكن دفع مسؤولية المتطوع بإثبات أن الخطأ الذي ارتكبه لا يعدو أن يكون خطأ بسيطاً(١٦٨).

وهو ما نأمل أن يعيد المشرع الإماراتي النظر فيه؛ لأن المسؤولية تقوم – في الغالب الأعم – على ارتكاب خطأ، وتخصيص قواعد للإعفاء من المسؤولية تفترض ثبوت المسؤولية المراد الإعفاء عنها ابتداء؛ وهذا قد يشجع على التمييز بين درجات الخطأ وما إذا كان يسيراً أو جسيماً، عمدياً أو غير عمدي، بحسن نية أو بسوء نية، ومن ثم يترك للقضاء السلطة التقديرية لذلك. كما أن القضاء، في الكويت أو الإمارات، وبالنظر إلى الطبيعة الخاصة للعمل التطوعي، وما يصاحبه من أعمال وطنية وإنسانية تتغيا المصلحة العامة، يستطيع تقدير مسؤولية المتطوع تقديراً مغايراً، وذلك بالتخفيف من حدتها وعدم المبالغة بالتعويض عنها(١٦٩)، وهذا ممكن دون إخلال بالقواعد القانونية والمبادئ القضائية وهو ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية(١٧٠).

وأخيراً يجب التنويه إلى أن ما ينطبق على المتطوع من أحكام المسؤولية المدنية، هو ذاته الذي ينطبق على فريق العمل التطوعي، إذ لا يعتبرها المشرع الإماراتي من الجهات المتطوع لديها سواء العامة أو الخاصة أو الأهلية، وهي لا تعدو أن تكون سوى مجموعة من الأفراد الذين يشكلون فيما بينهم فريقاً للقيام بأعمال تطوعية ذات اهتمام مشترك؛ لذا فإن كل متطوع في الفريق يتحمل مسؤولية وتبعات ما يؤديه من أعمال تطوعية وفقاً لقواعد المسؤولية الشخصية(١٧١)، ذلك أن الفريق التطوعي يفتقر إلى علاقة التبعية، فهو، كأصل عام، لا يخضع لرقابة وتوجيه جهة ما(١٧٢).

---

(١٦٩) للتعمق راجع في ذلك: إبراهيم أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٥، ص٦٥ وما بعدها.

(١٧٠) La Cour de cassation, dans l’arrêt ‘‘Costedoat’’ du 25 février 2000, a statué que le préposé « qui agit sans excịder les limites de la mission qui lui a ịtị impartie par son commettant » n’est pas sa responsible ب l’ịgard des tiers. P. Jourdain: obs. sur cassation, RTD civ. 2000, p. 582; G. Viney: obs. sur cassation, JCP G 2000, I, 241, n» 16.

(١٧١) راجع في تعريف الفريق التطوعي: المادة (٢)، وانظر أيضاً: المادة (٩) الفقرة (هـ) من قانون تنظيم العمل التطوعي في إمارة دبي. وبطبيعة الحال يسأل كل متطوع عن فعله الشخصي، فإذا تعدد الفاعلون كانت المسؤولية تضامنية وفق المادة (٢٢٨) من القانون المدني الكويتي، وينطبق عليها القواعد العامة بشأن توزيع غرم المسؤولية.

(١٧٢) أما إذا كان الفريق التطوعي خاضعاً لرقابة وإشراف جهة عامة أو خاصة أو منشأة أهلية، فإنه يعتبر تابعاً برمته لتلك الجهة يأتمر بأوامرها ويخضع لتوجيهاتها، ومن ثم تسأل تلك الجهة عن أفعاله مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه.

خاتمة:

جاءت هذه الدراسة لبحث المسؤولية المدنية الناجمة عن العمل التطوعي، واتخذت من قانون إمارة دبي رقم (٥) لسنة ٢٠١٨ بشأن تنظيم العمل التطوعي، أنموذجاً لها دون إغفال القواعد العامة، ولا سيما في القانون المدني الكويتي، مع الإشارة إلى بعض القوانين الأخرى.

وعرضنا في المبحث الأول لتكوين علاقة التطوع، إذ درسنا في المطلب الأول: مفهوم العمل التطوعي، لبيان تعريفه وصوره وخصائصه؛ أما المطلب الثاني: فقد بحثنا فيه عناصر اتفاق التطوع، وبحثنا فيه شروط كل من المتطوع والجهة المتطوع لديها ونموذج اتفاق التطوع؛ وختمنا هذا المبحث بمطلب ثالث: عرضنا فيه للالتزامات الناشئة عن اتفاق التطوع، وذلك بدراسة التزامات المتطوع والجهة المتطوع لديها، ثم جزاء إخلال المتعاقدين بالتزاماتهما.

أما المبحث الثاني فقد تطرق لأحكام المسؤولية المدنية عن العمل التطوعي، حيث تناولنا في المطلب الأول: مدى انطباق شروط مسؤولية المتبوع على الجهة المتطوع لديها، إذ درسنا فيه شروطها اللازمة، من علاقة التبعية بين المتطوع وجهة التطوع وارتكاب المتطوع خطأ في أداء وظيفته التطوعية أو بسببها، وأعقبناهما بتقييم تلك الشروط بالنسبة للعمل التطوعي، أما المطلب الثاني: فقد بحثنا فيه مسؤولية الجهة المتطوع لديها، ببيان حق الجهة المتطوع لديها في الرجوع على المتطوع ودفع مسؤوليتها، ثم قدمنا تقييماً لتلك المسؤولية، وختمنا المبحث الثاني بمطلب ثالث: عرضنا فيه للمسؤولية الشخصية للمتطوع التي تقوم، وفقاً لقانون إمارة دبي، عند عدم فاعلية اتفاق التطوع أو تجاوز المتطوع حدود مهمته التطوعية أو صدور خطأ من جانب المتطوع.

وخلصنا إلى أن العمل التطوعي غير منظم قانوناً في الكويت بشكل واف، وبالتالي لا مناص من تطبيق القواعد العامة عليه دون أدنى تخصيص، وذلك على خلاف إمارة دبي التي نظمته تنظيماً دقيقاً؛ لذا يمكن لنا أن نحتذي بها وفقاً لما يتناسب مع نظامنا القانوني؛ كما خلصنا إلى أن غاية هذا العمل هي تحقيق المنفعة العامة دون مقابل، فإذا استهدف مصلحة شخصية أو كان مقابل أجر انتفت صفة التطوع فيه.

وقد توصلنا إلى أن العلاقة بين المتطوع والجهة المتطوع لديها، سندها العقد ولو لم يكن مكتوباً؛ وسواء أكان صريحاً أم ضمنياً، ففي النظام القانوني الكويتي، وحيث لا يوجد تشريع خاص بالعمل التطوعي، فإن هذا العقد يبقى رضائياً، يقوم على

توافق الإرادتين بين المتطوع والجهة المتطوع لديها دون حاجة إلى شكل خاص، وهذا يختلف عن القانون الإماراتي، فإن كان يبدو فيه أن العلاقة في العمل التطوعي، تقوم على أساس اتفاق التطوع، وبالتالي يكون عقداً بين المتطوع والجهة المتطوع لديها، إلا أنه خرج عن هذا الأصل، وتطلب أن يكون مكتوباً، بل وبدا لنا عقداً نموذجياً، إذ للجهة المختصة دور في إعداده بالتنسيق مع الجهة المتطوع لديها، وهذا وإن كان يقلل من دور الإرادة المشتركة للمتعاقدين، خروجاً على مبدأ سلطان الإرادة، إلا أنه يبقى – من وجهة نظرنا – عقداً من عقود القانون الخاص، ولا ينال من طبيعته هذه تدخل الدولة في إعداده حماية لمصلحة معينة تقدرها.

ينتج عن ذلك أن هذا العقد هو الذي يحكم العلاقة بين الطرفين، وأي إخلال به يترتب عليه قيام المسؤولية العقدية، لا سيما تلك الالتزامات التي فرضها المشرع الإماراتي بنص القانون، لتحقيق أكبر قدر ممكن من الأمن القانوني. ومن أهم تلك الالتزامات إلزام الجهة المتطوع لديها، بتغطية المتطوع بتأمين ضد الإصابات والعدوى، وآخر ضد المسؤولية المدنية المترتبة على الإضرار بالغير.

كما تبين من خلال هذه الدراسة أن الجهة المتطوع لديها تكون مسؤولة عن الأضرار التي يحدثها المتطوع بالغير، على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه وفقاً للقواعد العامة، حيث تقوم هذه المسؤولية تبعاً لقيام مسؤولية المتطوع الشخصية، فيصير بذلك كل منهما متضامناً مع الآخر في مواجهة المضرور، ولا سبيل لجهة التطوع في دفع مسؤوليتها إلا بنفي الخطأ ابتداء عن المتطوع نفسه. ومن أوجه التمييز التي خص بها التشريع الإماراتي المتطوع، في قواعد المسؤولية عن العمل التطوعي، هو الإعفاء من المسؤولية المدنية – استثناء – وفقاً لعدة ضوابط، في حين أنه قرر صراحة مسؤولية الجهة المتطوع لديها قِبل الغير عن أعمال المتطوع غير المشروعة.

وأخيراً ومن خلال هذه الدراسة، فإننا نوصي بأن يستفيد المشرع الكويتي من التشريعات المقارنة لا سيما القانون الإماراتي، ودراسة تجارب الدول الأخرى في شأن تنظيم العمل التطوعي، ويتوج كل ذلك بقانون خاص متكامل ينظم ممارسة هذا العمل، دون إغفال عن تقرير قواعد المسؤولية، فالواقع العملي – حالياً – وفي الكويت تحديداً، يشير إلى أن القيام بالعمل التطوعي – رغم المخاطر التي قد تنجم عنه – لا يتطلب سوى توافق الأطراف على هذا العمل، فلا ضوابط خاصة ولا عقد ثابت بالكتابة، أو حتى قواعد قانونية خاصة بطرفي العلاقة فيما بينهما أو تجاه الغير.

المراجع

أولاً – المراجع العربية:

- إبراهيم أبو الليل: العقد غير اللازم: دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٤.
- إبراهيم أبو الليل: تعويض الضرر في المسئولية المدنية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٥.
- إبراهيم أبو الليل: العقد والإرادة المنفردة: مؤسسة دار الكتب، ط٢، ١٩٩٨.
- إبراهيم أبو الليل: المسئولية المدنية والإثراء دون سبب، مؤسسة دار الكتب، ط٢، الكويت، ١٩٩٨.
- أحمد إبراهيم حسن: أساس المسؤولية العقدية في القانون الروماني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دون سنة طبع.
- أسامة أحمد بدر: الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة بين المسئوليتين الشخصية والموضوعية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١.
- حسن عبد الباسط جميعي: الخطأ المفترض في المسئولية المدنية، دون دار نشر، دون سنة طبع.
- خالد الهندياني وعبد الرسول عبد الرضا: شرح أحكام قانون العمل الكويتي الجديد، ط١، دون دار نشر، الكويت، ٢٠١٠.
- سمير تناغو: مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، ط١، الإسكندرية، ٢٠٠٩.
- عبد الحليم عبد اللطيف القوني: حسن النية وأثره في التصرفات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٠.
- عبد الخالق حسن أحمد: مصادر الالتزام، كلية القانون وعلوم الشرطة (أكاديمية شرطة دبي)، مطبعة الفجيرة الوطنية، ط ١، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٣.
- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط (مصادر الالتزام)، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، ط٣، بيروت، ٢٠٠٩.
- عبد الرسول عبد الرضا وجمال النكاس: مصادر الالتزام، مؤسسة دار الكتب، ط٤، الكويت، ٢٠١٥.
- عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة، دون دار نشر، ١٩٨٤.
  - أحكام قانون العمل، دون دار نشر، ١٩٩٣.

- محمد حسين منصور: مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
- محمد التوجي وبحماوي عبد الله: العلاقة بين الوقف والعمل التطوعي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد (٧)، العدد (٤)، أكتوبر ٢٠١٨.
- محمد السعيد رشدي: الخطأ غير المغتفر، دراسة في القوانين: الفرنسي والمصري والكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ط١، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٥.
- مرضي العياش وسامي الهذال: أجر العامل وجائحة فيروس كورونا: مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد السادس، يونيو ٢٠٢٠، ص ١٥٠ وما بعدها.
- منصور مصطفى منصور، المصادر غير الإرادية للالتزام، ج١، خلاصة دروس جامعة الكويت، ١٩٨٠-١٩٨١.
- نبيلة رسلان وسعيد قنديل: النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، جامعة طنطا - كلية الحقوق، ٢٠٠٤.
- ندى الدعيج: النظام القانوني للعمل التطوعي دراسة في القانون الدولي والمقارن، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، مجلد ٥٢، العدد رقم ١، يناير ٢٠١٠.

ثانياً - المراجع الأجنبية:

- E. Ayissi Manga, Préposé et responsabilité, RRJ 2002, N., 2, p. 715.
- D. Azquinazi Bailleux, La difficile distinction du contrat de bénévolat et du contrat de travail, RJS, 2012, N., 2, p. 983.
- A. Bénabent, Droit civil : les obligations, Motchrestien, 11 édition. 2007.
- A.Etienney: La durée de la prestation, L.G.D.J, 2009.
- S. Hennion-Moreau : Rresponsabilités des bénévoles et des salaries, Revue Juridique de l'Ouest, 2005, N., 4.
- P. Jourdain: obs. sur cassation, RTD civ. 2000, N., 12.

- Ph. Malaurie et L. Aynes: Droit des obligation, LGDJ, 8 édition, 2016.
- J. Savatier, Entre bénévolat et salariat : le statut des volontaires pour le développement, sous Cass. soc. 26 octobre 1999, D. soc. 2000.
- F. Terre, Ph. Simler et Y. Lequette : Droit civil (Les obligations), Dalloz, 10 édition, 2009.
- G. Viney: obs. sur cassation, JCP G 2000, I, 241, N., 16.

ثالثاً - المواقع الإلكترونية:

- حسن الصفار، مقال بعنوان: التطوع بالوقت، منشور على الموقع الإلكتروني:
http://saffar.org/index.[h[?act=art&id=3764
آخر زيارة كانت في ٢٠-٩-٢٠٢٠
- خلود الخميس، مدير مشروع وقف الوقت، مقال بعنوان: التطوع بالوقت (وقف الوقت)، منشور في جريدة القبس الكويتية بتاريخ ٣١ أغسطس ٢٠٠٥، على الموقع الإلكتروني الآتي:
https://alqabas.com/a rticle/95364
آخر زيارة كانت في ٢٠-٩-٢٠٢٠

Civil Liability for Voluntary Work in Kuwaiti Law: An Analytical Study Comparing with the Law Regulating Voluntary Work in the Emirate of Dubai for the year 2018

Dr.Mordhi Alayash

The importance of volunteer work and its prevalence at the national level, especially in the crisis of the new Corona virus, made us wonder about civil liability resulting from volunteer work, in light of the scarcity of legal studies, especially from the point of view of the Private law. We decided that the comparison between Kuwait's law and Dubai's Law would be based on its modernity, with reference to some other laws. We aim through this study to try and understand the formation of the voluntary relationship from its concept, characteristics and elements, and then explain the provisions of civil liability resulting from it. We concluded that voluntary work is not adequately regulated in Kuwait, and therefore it is inevitable to apply general rules. Yet if the work is for a personal interest or is for a wage, the capacity for volunteering for it is ceased.

It was revealed through this study that the volunteer's relationship with the volunteer is a contractual relationship that is subject to the rules of private law, and that the volunteer is responsible for the damages caused by the volunteer to others, on the basis of the responsibility of the follower for the work of his subordinates according to the general rules. We concluded that the UAE legislation singled out the volunteer with distinct rules for exemption from civil liability, as an exception according to several regulations. For all of this, we recommend that the Kuwaiti legislator benefit from comparative legislation, especially the Emirati law, Thus, our study had to start with forming the volunteer relationship as a first chapter, and then the rulings of responsibility for it in a second chapter.

نظرات حول أثر الحجر الصحي على علاقات العمل في القانون الكويتي

الدكتور/ أنس فيصل التورة
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

هذا البحث عبارة عن دراسة أثر الحجر الصحي على علاقات العمل في القانون الكويتي، وفيها استعرض الباحث ماهية "الحجر الصحي" وتناوله في التشريعات الكويتية وإلى أي مدى يمكن اعتباره "قوة قاهرة"، وذلك من خلال تعريف القوة القاهرة وتوضيح شروطها ومدى انطباقها على الحجر الصحي، ثم خلص الباحث إلى انطباق وصف "القوة القاهرة" على "الحجر الصحي"، الأمر الذي يلقي بظلاله على عقد العمل والالتزامات المترتبة عليه، كما أوضح الباحث مدى انطباق شروط "الإجازة المرضية" على "الحجر الصحي" وذلك من خلال تعريف الإجازة المرضية وشروطها ومدى انطباق هذه الشروط على "الحجر الصحي"، ثم خلص الباحث إلى عدم انطباق شروط "الإجازة المرضية" على "الحجر الصحي" إلا في حالة ثبوت مرض العامل قانوناً ومنذ تاريخ هذا الثبوت.

موضوع البحث وأهميته:

تأتي هذه الدراسة في الوقت الذي يشهد فيه العالم انتشاراً لجائحة عالمية هي COVID-19 نتيجة انتشار فيروس كورونا المستجد، حيث اتخذت دول العالم إجراءات احترازية كان من أهمها الحجر الصحي وتوقيف العمل بالهيئات والمصالح الحكومية وإغلاق المحال التجارية وحظر التجول وغيرها من الإجراءات التي تستهدف حماية الأفراد. ولا شك أن قانون العمل يمس الحياة بمختلف جوانبها وهو قانون واقعي يسعى لمسايرة الظروف تماشياً مع الواقع وتكيفاً مع ظروفه[(١)]، لذا فإن هذه الدراسة تركز على أثر الحجر الصحي الناتج من الإجراءات الاحترازية على علاقات العمل في القانون الكويتي.

---

(١) سفيان آيت بن علي، "فيروس كورونا المستجد COVID-19 كسبب لانقضاء علاقة الشغل"، مقالة منشورة - مجلة القانون والأعمال الدولية، موقع https://www.droitetentreprise.com/18456-2/، آخر زيارة يوم ١٦ أبريل ٢٠٢٠.

نطاق البحث:

نسعى من خلال هذه الدراسة للوقوف على أهم وأبرز الإشكاليات القانونية الناتجة من إجراءات الحجر الصحي وأثرها على حقوق العامل، ومعرفة مدى اعتبار الحجر الصحي إجازة مرضية للعامل.

ولا شك أن الإجابة عن هذا السؤال تقتضي الوقوف على أهم المفاهيم القانونية كالحجر الصحي وأبرز القوانين المنظمة له في دولة الكويت، مع مقارنتها بقانون العمل في القطاع الأهلي. مع التأكيد على أن دراستنا مقتصرة على مقارنة ظروف الحجر الصحي مع الإجازة المرضية من حيث الشروط والضوابط والأحكام مع التمييز بين الحجر الصحي المنزلي والحجر الصحي المؤسسي وقرارات الدولة الصادرة بهذا الشأن.

محتويات الدراسة:

وتحتوي الدراسة على فصلين: يعنى الأول بـ "ماهية الحجر الصحي وطبيعته القانونية"، وسوف أقسم هذا الفصل إلى مبحثين: الأول سوف أتناول من خلاله التعريف بالحجر الصحي وبيان أقسامه، مبيناً فيه التنظيم القانوني للحجر الصحي في التشريع الوطني والاتفاقيات الدولية، والإجراءات الواجب اتباعها بالحجر، والجزاءات المترتبة على مخالفته؛ وسوف أتناول من خلال المبحث الثاني دراسة مدى اعتبار الحجر الصحي قوة قاهرة، ويحتوي على مفهوم القوة القاهرة وشروطها وموقف الفقه والقضاء من اعتبار الحجر الصحي قوة قاهرة.

أما الفصل الثاني في هذه الدراسة فعنون بـ "مدى اعتبار الحجر الصحي إجازة مرضية في قانون العمل الكويتي"، ويحتوي على ثلاثة مباحث: وسوف أخصص الأول منها للحديث عن الإجازة المرضية وأقسامها وشروط الاستفادة منها، أما المبحث الثاني فهو عن الإطار التنظيمي للإجازة المرضية في الكويت، وأستعرض في المبحث الثالث اتجاهات الفقه والقضاء في اعتبار الحجر الصحي من الإجازات المرضية؛ وأختم الدراسة بأبرز النتائج وأهم التوصيات.

الفصل الأول
ماهية الحجر الصحي وطبيعته القانونية

تمهيد وتقسيم:

يعتبر الحجر الصحي أحد أهم وأبرز الوسائل في العالم لمواجهة الأوبئة، لذا تقوم الدول بتنظيم اللجوء إليه وتقنينه في تشريعاتها الخاصة، وبالتالي فإن التهوين من إجراءات الحجر الصحي قد يؤدي إلى كوارث إنسانية بسبب انتشار الأوبئة وانهيار المنظومة الصحية(٢).

ولا شك أن موضوع الحجر الصحي لم يأخذ الأهمية الكاملة من الناحية القانونية خاصة في الدول العربية، وهذا يرجع إلى قلة الأوبئة وعدم انتشارها السريع خلال العقود الماضية مما أسهم في عدم بروز تلك الأهمية، ودراستنا في هذا الفصل منصبة على الحجر الصحي من خلال مبحثين:

المبحث الأول: التعريف بالحجر الصحي وأقسامه

المبحث الثاني: مدى اعتبار الحجر الصحي قوة قاهرة

---

(٢) مثال ذلك ما حدث في إيطاليا، حيث رغم تسجيل أول حالة وفاة في إيطاليا بتاريخ ٢١ فبراير ٢٠٢٠، انظر:
https://arabic.cnn.com/health/article/2020/02/22/first-death-case-coronavirus-italy
آخر زيارة يوم ١٦ أبريل ٢٠٢٠، إلا أن إيطاليا واجهت انتقادات دولية لتباطئها في اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع تفشي المرض وعلى رأسها الحجر الصحي، ففي ٢٠ مارس ٢٠٢٠ صرح نائب رئيس الصليب الأحمر الصيني، صن شووبنغ، في المؤتمر الصحفي مع رئيس منطقة لومباردي بإيطاليا، أتيليو فونتانا، قائلاً: "التدابير ليست شديدة بما فيه الكفاية، وسائل النقل العام تعمل، لا يزال لديك أشخاص في الفنادق، ولا يرتدي الجميع أقنعة" (انظر جريدة القبس الكويتية عدد ٢٠ مارس ٢٠٢٠)، وكان ذلك التباطؤ سبباً في احتلال إيطاليا المركز الأول عالمياً في عدد الإصابات، انظر:
https://arabic.cnn.com/world/article/2020/03/25/spain-coronavirus-death-toll-health-china-italy

آخر زيارة يوم ١٦ أبريل ٢٠٢٠

المبحث الأول
التعريف بالحجر الصحي وأقسامه

بداءةً فإن المشرّع الكويتي لم يستخدم مصطلح "الحجر الصحي"، وإن كان قد استخدم لفظ "الحجر" للدلالة على المنع من التصرفات القانونية أو الحد منها كحالة ناقص أو عديم الأهلية(٣)، وذلك كما ورد في لسان العرب من أن "الحجر" يفيد "المنع من التصرف"؛ إلا أن لسان العرب أورد مصطلح "الحجر الصحي" تحديداً وذكر أنه: "عزل الأشخاص أو الحيوانات أو النباتات الوافدة من منطقة موبوءة بالأمراض المعدية؛ للتأكد من خلوها من تلك الأمراض"(٤)، من هنا نجد المشرّع الكويتي قد استخدم مصطلح "العزل" للدلالة على المعنى نفسه، حيث جاء استخدامه لأول مرة في القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية(٥).

وعلى الرغم من استخدام المشرّع الكويتي لمصطلح "العزل" وهو المصطلح الأدق الوارد في لوائح الصحة العالمية ٢٠٠٥، والذي عرفته المادة (١) بأنه:

"**فصل الأشخاص المرضى أو الذين يحملون التلوث عن غيرهم أو الأمتعة أو الحاويات أو وسائل النقل أو البضائع أو الطرود البريدية الموبوءة عن غيرها بطريقة تحول دون انتشار العدوى أو التلوث**".

---

(٣) للمزيد انظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، "أصول القانون (الجزء الثاني) نظرية الحق"، مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت، ص٢٨٨ وما بعدها.

(٤) معجم لسان العرب لابن منظور، دار المعارف، باب الحاء، ص٧٨٢.

(٥) ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون ما يلي: "نص الدستور على واجب الدولة في العناية بالصحة العامة وفي اتخاذ الوسائل اللازمة للوقاية والعلاج من الأمراض والأوبئة، وقد صدر القانون الخاص بالاحتياطات الصحية من الأمراض السارية ليحل محل القانون الملغي الذي كان معمولاً به من قبل، وذلك تلافياً لما كان في القانون الملغي من نقص، وإيضاحاً لما ظهر في بعض نصوصه من غموض، وألحق بالقانون الحالي جدول يتضمن بياناً للأمراض السارية التي تنطبق عليها أحكام هذا القانون، وقد تم في القانون الحالي تحديد الأشخاص المسؤولين عن الإبلاغ عما يظهر أمامهم من أمراض سارية، والمدة التي يجب عليهم فيها القيام بهذا الإبلاغ، كذلك عالج هذا القانون موضوع إجراءات عزل المرضى المصابين بالأمراض السارية أو المشتبه في إصابتهم بها والأماكن التي يتم فيها هذا العزل".

إلا أنه قد درج على استخدام مصطلح الحجر في قراراته الاحترازية لمواجهة جائحة فيروس كورونا المستجد كوفيد-١٩ للحد من انتشاره[٦].

وسوف نستخدم مصطلح "الحجر الصحي" في سياق البحث، فلا مشاحاة في الاصطلاح، ويمكن تقسيم الحجر الصحي إلى عدة أقسام وهي (الحجر الصحي المؤسسي، والحجر الصحي المنزلي، والحجر الصحي العام، والحجر الصحي الجزئي على إقليم أو بلدة أو منطقة معينة)، وذلك تبعاً للظروف التي تواجهها الدولة، أو مدى إصابة الأفراد بالجائحة ومدى انتشاره في الدولة، وهو تقسيم لم ينص عليه القانون وإنما طبق واقعياً في العديد من الدول.

أولاً - الحجر الصحي المؤسسي:

ويقصد به عزل الأفراد في المؤسسات الصحية التابعة للدولة، ويكون غالباً لمن تم تشخيصهم أنهم مصابون بالمرض أو يرجح إصابتهم به، ويعد الحجر الصحي المؤسسي أشد أنواع الحجر؛ وذلك لخضوع أصحابه لمراقبة تامة من الطواقم الطبية، مع عدم السماح لهم بمغادرة غرفة العلاج المخصص لذلك خشية انتشار العدوى.

ثانياً - الحجر الصحي المنزلي:

ويقصد به عزل الأشخاص المشتبه بهم أو القادمين من دول موبوءة في منازلهم دون مخالطة الآخرين إلا من كان مصرحاً لهم من قبل المؤسسات الصحية وذلك لفترة زمنية محددة[٧]، ويكون تحديد هذه الفترة موقوفاً على التعليمات الصحية الخاصة بكل جائحة أو حتى الانتهاء من إجراء الفحوصات الطبية اللازمة، ويجوز خلال هذه الفترة زيارة الطواقم الطبية للأفراد في المنازل لمتابعة حالاتهم وتطوراتها[٨]، ولهم في ذلك

(٦) على سبيل المثال التعميم رقم (٢٥) لسنة ٢٠٢٠ من الإدارة العامة للطيران المدني بتاريخ ٨ مارس ٢٠٢٠ بشأن تطبيق الإجراءات الاحترازية على القادمين من بعض الدول التي انتشرت بها جائحة فيروس كورونا المستجد كوفيد-١٩.

(٧) فعلى سبيل المثال صدر التعميم رقم ٢٤ لسنة ٢٠٢٠ من وزير الصحة والذي يبين وجوب تطبيق الحجر المنزلي على الأفراد القادمين من الدول المذكورة بالقرار لمدة لا تقل عن ١٤ يوماً، مع منعهم من العمل خلال هذه المدة، وذلك في سياق الإجراءات الاحترازية لموجهة مرض فيروس كورونا المستجد (كوفيد-١٩).

(٨) وهو ما حدث بالفعل خلال أزمة انتشار فيروس كورونا المستجد، حيث كانت الطواقم الطبية تقوم بزيارات دورية شبه يومية للأفراد القابعين في الحجر الصحي المنزلي لمتابعة حالتهم الصحية والتأكد من سلامتهم.

نقل الأفراد من الحجر الصحي المنزلي إلى الحجر الصحي المؤسسي إذا ارتأوا ضرورة ذلك.

ثالثاً - الحجر الصحي الجزئي:

وهو حجر صحي على إقليم أو بلدة أو منطقة محددة بعينها خوفاً من خروج المرض منها لانتشاره فيها أو دخوله إليها وذلك كسبيل للسيطرة عليه[٩]، وهو إجراء يعم المنطقة أو الإقليم المحدد دون شموله لمناطق أخرى، ويستمر حتى إعلان السلطات انتهاء الحجر وعودة الحياة لطبيعتها.

رابعاً - الحجر الصحي العام:

وهو حجر صحي عام يشمل جميع أقاليم ومناطق الدولة[١٠]، ويشمل جميع الأفراد، إذ إن المقصود به بقاء جميع الأفراد في منازلهم إلى حين انتهاء مدة الحجر الصحي العام، وقد يكون الحجر الصحي العام محدد المدة مع دعوة الدولة للبقاء في المنازل دون إلزام إلا في مواعيد معينة كما حدث في دولة الكويت، حيث قرر مجلس الوزراء بتاريخ ٢١ مارس ٢٠٢٠ منع التجوال جزئياً[١١]، مع إلزام الجميع بالبقاء في المنازل من الساعة ٥ مساءً إلى الساعة ٤ صباحاً إلا للمصرح لهم[١٢]، وهو نوع من

---

(٩) مثلما حدث في الكويت حيث صدر قرار مجلس الوزراء يوم ٦ أبريل ٢٠٢٠ بعزل تام لمنطقتي جليب الشيوخ والمهبولة أثناء فترة السماح بالتجول في البلاد لمدة أسبوعين اعتباراً من مساء ذات اليوم، انظر:
https://www.kuna.net.kw/ArticleDetails.aspx?id=2884545&Language=ar
آخر زيارة يوم ١٦ أبريل ٢٠٢٠

(١٠) مثل الحجر الصحي العام الذي فرضته السلطات التونسية على كامل التراب التونسي بتاريخ ٢٠ مارس ٢٠٢٠، حيث أصدر رئيس الدولة قراراً رئاسياً يلزم الجميع فيه بالحجر الصحي العام، انظر:
https://arabic.cnn.com/middle-east/article/2020/03/20/tunisia-coronavirus-health-curfew-quarantine
آخر زيارة يوم ١٦ أبريل ٢٠٢٠

(١١) قرار مجلس الوزراء في اجتماعه الاستثنائي بتاريخ ٢٢ مارس ٢٠٢٠ بفرض حظر التجوال الجزئي من الساعة ٥ مساءً إلى الساعة ٤ صباحاً إلا للمصرح لهم، وذلك ابتداءً من يوم الأحد ٢٣ مارس ٢٠٢٠ وحتى إشعار آخر، للمزيد انظر:
https://www.kuna.net.kw/ArticleDetails.aspx?id=2880572&language=ar
آخر زيارة يوم ١٦ أبريل ٢٠٢٠

(١٢) للمزيد انظر:
https://www.aljarida.com/articles/1584886848316819900/
آخر زيارة يوم ١٦ أبريل ٢٠٢٠

التدابير الاحترازية، هدفها الضغط للحد من الخروج من المنازل بغية السيطرة على انتشار جائحة فيروس كورونا المستجد.

المطلب الأول
التنظيم القانوني للحجر الصحي في التشريع الوطني والصكوك الدولية

ويقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول
التنظيم القانوني للحجر الصحي في التشريع الوطني

ترعى القوانين المحلية والاتفاقيات الدولية الإجراءات الاحترازية للتصدي للأوبئة، وتختلف كل دولة عن الأخرى في الأساليب المتبعة في ذلك، ولقد حرصت دولة الكويت على رعاية المواطنين والمقيمين على أرضها بالرعاية الصحية والحرص على تجنيبهم الأمراض والأوبئة، وقد ترجمت دولة الكويت هذه الحماية الخاصة من أخطار الأوبئة بقانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية، وهو قانون يقع في ١٧ مادة[١٣] تتضمن الإجراءات الصحية الواجب اتخاذها للوقاية من الأوبئة، وهو ما ورد في المذكرة الإيضاحية بقولها:

"**ونص القانون أيضاً على الإجراءات الصحية الواجب اتخاذها في الأماكن التي كان يعيش فيها المرضى المصابون بالأمراض السارية قبل عزلهم؛ مما يكفل الحفاظ على سلامة مخالطي هؤلاء المرضى**".

وقد نص القانون على حزمة من الإجراءات وهي:

أ - واجب الإبلاغ:

نصت المادة الثانية من القانون على وجوب الإبلاغ عن أي شخص مصاب أو

(١٣) أقر مجلس الأمة تعديل المادة (١٧) من القانون ٨ لسنة ١٩٦٩ بتاريخ ٢٤ مارس ٢٠٢٠ بهدف تشديد العقوبات، وذلك خلال أزمة انتشار فيروس كورونا المستجد (كوفيد-١٩)، ونشر في ملحق ٤ للعدد ١٤٨٨ من جريدة الكويت اليوم بتاريخ ٢٩ مارس ٢٠٢٠، ومن شأن هذا التعديل تغليظ العقوبات على كل من يخالف أحكام هذا القانون. للمزيد انظر:
https://www.kuna.net.kw/ArticleDetails.aspx?id=2881066&language=ar
آخر زيارة يوم ١٦ أبريل ٢٠٢٠

مشتبه بإصابته بأحد الأمراض السارية(١٤)، ويكون الإبلاغ خلال ٢٤ ساعة من العلم إلى أقرب مركز للصحة الوقائية، وحددت المادة (٣) المسؤولين عن التبليغ على حسب الترتيب الوارد بالمادة وهم:

"أ - الطبيب الذي قام بالكشف على المريض.

ب - أقارب المريض البالغون ذكوراً وإناثاً المقيمون معه في المنزل نفسه أو الذين اتصلوا به أثناء المرض، ويكون ترتيبهم في مسؤولية التبليغ حسب درجة قرابتهم له.

ج - الشخص الذي يقطن مع المريض في سكن واحد بغض النظر عن قرابته له.

د - صاحب الفندق أو المطعم أو المصنع أو القائم بإدارته وناظر المدرسة أو المشرف على القسم الداخلي فيما إذا حدثت الإصابة في أحد هذه المحلات أو أي محل عام آخر من هذا القبيل".

ب - العزل الإجباري المؤسسي:

بينت المادة (٤) من القانون إجراءات العزل المؤسسي والذي يكون بأحد المستشفيات المتخصصة التابعة لوزارة الصحة، ويكون ذلك جبراً على الأشخاص المصابين أو المشتبه في إصابتهم بأحد الأمراض السارية، وللوزارة في سبيل ذلك الاستعانة بأفراد الشرطة العامة في تنفيذ العزل الإجباري إذا اقتضى الأمر ذلك.

ج - عزل المخالطين:

تتيح المادة (٥) من القانون للوزارة إمكانية عزل مخالطي المرضى؛ وذلك لإمكانية إصابتهم بالأمراض، ويكون ذلك بمحاجر خاصة تحددها الوزارة أو تقوم ببنائها حسب الحاجة، كما تحدد الوزارة المدة التي يجب على المخالطين فيها بقاؤهم في المحاجر المخصصة أثناءها، وبيّنت المادة (٦) قيام الوزارة بفحص المخالطين يومياً للتأكد من سلامتهم.

د - الحجر المنزلي:

نصت المادة (٧) على مفهوم العزل المنزلي، فيجوز للوزارة حسب رأي الطبيب المختص علاج المريض بأحد الأمراض السارية عن طريق حجره في المنزل، ويلزم ذلك وفقاً لما تقضي به المادة أن يكون بمعزل عن سكان المنزل، مع وضع من قاموا بخدمة المريض أو اختلطوا به أو مشاركوه في المنزل تحت الرقابة، كما قضت المادة

(١٤) الأمراض السارية هي الأمراض المبينة في الجدول الملحق بالقانون ٨ لسنة ١٩٦٩.

(٨) بوجوب تعقيم المنزل في حال نقل المريض إلى المستشفى أو في حالة وفاته، ولا يجوز جمع الناس واجتماعهم في الأماكن التي يوجد بها المريض.

هـ - المنع من القيام ببعض الأعمال:

في حال إذا تبين أن أحد الأشخاص مصاب بأحد الأمراض السارية وجب إبعاده ومنعه عن القيام ببعض الأعمال[١٥]، وذلك حتى تمام شفائه وثبوت ذلك عن طريق فحص تقوم به الوزارة المختصة كما أوردت المادة (٩)، ونصت المادة (١٠) على ضوابط نقل المصابين، بحيث لا يجوز نقل المصابين إلا بإذن من الوزارة أو المؤسسة التي تحددها الوزارة، ويشمل ذلك أغراض المصاب الخاصة أو أثاثه المنزلي.

و - الفحص والتطعيم:

سمحت المادة (١١) للوزارة بأخذ عينات للمصابين أو مخالطيهم للفحص، كما خولت المادة (١٢)[١٦] لأطباء الوزارة ومندوبيها إجراء التطعيم باللقاح الواقي للأشخاص القاطنين أو المخالطين للشخص المصاب أو من تعرضوا للعدوى منه، كما لوزير الصحة أن يصدر قراراً بالتطعيم الإجباري العام.

ن - الرقابة ومكان العلاج:

أعطت المادة (١٣) لموظفي الوزارة المخولين حق دخول المسكن بعد إخطار أصحابها أو من ينوب عنهم، وذلك متى دعت الضرورة للبحث عن المرضى أو إجراء التطعيم أو التطهير أو الكشف عن المخالطين، ولهم بذلك الاستعانة بأفراد قوة الشرطة.

كما أعطت المادة (١٤) لوزير الصحة الحق في قصر العلاج من الأمراض السارية في دور العلاج الحكومية دون الخاصة.

ي - العزل الإقليمي والاحترازات العامة:

خولت المادة (١٥) وزير الصحة بسلطات استثنائية لحماية البلاد من تفشي المرض وذلك بالاتفاق مع الوزراء المختصين، وله في ذلك الاستعانة بأفراد الشرطة والقوات المسلحة لتنفيذ قراراته.

وتعد أولى هذه السلطات إمكانية إصدار قرار بالعزل الإقليمي لمنطقة معينة،

(١٥) كالأعمال التي يتصل فيها مباشرة بالمواد الغذائية أو المشروبات.

(١٦) تم تعديل الفقرة الثانية من المادة (١٢) بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٩.

ومنع الدخول والخروج إلا للمصرح لهم، كما له سلطة إصدار قرار حظر التجول في بعض المناطق لمدة معينة لإجراء التطعيم الإجباري، وتخويل أطباء الصحة العامة وأفراد الهيئة التمريضية بدخول المساكن في سبيل البحث عن المرضى وعزلهم وإجراء التطعيم والتطهير، وله أيضاً إصدار قرار تكليف الأطباء وأفراد الهيئة التمريضية والموظفين الحكوميين والقطاع الخاص بمكافحة المرض، كما يحق له إصدار قرار بإتلاف المواد الغذائية وتطهير الأغراض الشخصية والمسكن، وله أيضاً إصدار قرار بإغلاق المحلات العامة وإبعاد العاملين في هذه المحلات والباعة المتجولين عن العمل إذا اقتضت الضرورة ذلك، وله أيضاً اتخاذ أية تدابير أو احتياجات أخرى يراها ضرورية لمكافحة الجائحة.

الفرع الثاني
التنظيم القانوني للحجر الصحي في الصكوك الدولية

أما في جانب اللوائح والاتفاقيات الدولية فقد أصدرت منظمة الصحة العالمية(١٧) العديد من اللوائح الصحية الدولية، والتي صدرت في عام ١٩٥١ وتم تعديلها عام ١٩٦٩، وقد شملت في البداية ستة أمراض خاضعة للحجر الصحي، وكان ذلك في عام ١٩٧٣ وعام ١٩٨١، وقد زاد عددها مع انفتاح العالم وتزايد حركة الملاحة والسفر والتجارة الدولية، فضلاً عن ظهور أمراض لم تكن موجودة في السابق.

وقد تم عقد اجتماع في عام ١٩٩٥ لتنقيح وتعديل اللوائح الصحية الدولية، وقد اضطلعت أمانة المنظمة بإجراءات التنقيح والتشاور بين الدول الأعضاء والمنظمات وسائر الشركاء المعنيين، وتم في الاجتماع استعراض مسوّدة التنقيح وأهم التوصيات التي ارتأتها الدول في عام ٢٠٠٣ والذي تزامن مع ظهور "المتلازمة التنفسية الحادة الوخيمة" أو ما يطلق عليها (سارس)(١٨)، وتم إقرار اللوائح الصحية العالمية بصورتها الحالية في ٢٣ مايو ٢٠٠٥ وبدأ نفاذها في ١٥ يونيو ٢٠٠٧(١٩).

وتقع اللوائح الصحية العالمية في (٦٦) مادة قانونية تختص جميعها بالإجراءات

---

(١٧) تأسست منظمة الصحة العالمية عام ١٩٤٨، ومقرها الحالي في جنيف بسويسرا، وهي أحد أهم الأجهزة التابعة للأمم المتحدة، وتعنى بالصحة العامة والصحة الوقائية ومكافحة الأمراض وتصنيفها وتقديم الدعم الطبي والاستشاري اللازم في حالات الوباء أو الجائحة.

(١٨) يعتبر مرض سارس حسب تصنيف منظمة الصحة العالمية الوارد في ص١ من مقدمة اللوائح الصحية العالمية "أول طارئة صحية عمومية عالمية في القرن الواحد والعشرين".

(١٩) "اللوائح الصحية العالمية ٢٠٠٥"، الطبعة الثالثة، ص١، منظمة الصحة العالمية.

الصحية المعتمدة لتفادي انتشار العدوى والأوبئة، وبالإجراءات الواجب اتباعها في حال انتشارها، هذا وقد ورد في مقدمة اللوائح الصحية ما يفيد الغرض الأساسي من هذه اللوائح ونطاق تطبيقها، حيث ذكر أن الهدف منها "الحيلولة دون انتشار المرض على الصعيد الدولي، والحماية منه ومكافحته ومواجهته باتخاذ تدابير في مجال الصحة العمومية، على نحو يتناسب مع المخاطر المحدقة بالصحة العمومية ويقتصر عليها، مع تجنب التدخل غير الضروري في حركة المرور الدولي والتجارة الدولية[(٢٠)].

وقد صيغت اللوائح دون تحديد مرض معين، وهو ما يعطي لها مرونة التطبيق[(٢١)]، وقد احتوت المادة الأولى منها على أبرز التعاريف المستخدمة فيها، فبيّنت معنى العزل وهو:

"**فصل الأشخاص المرضى أو الذين يحملون التلوث عن غيرهم أو الأمتعة أو الحاويات أو وسائل النقل أو البضائع أو الطرود البريدية الموبوءة عن غيرها بطريقة تحول دون انتشار العدوى أو التلوث**".

وأوردت المادة (١) العديد من التعاريف منها الفحص الطبي وغيره مما ورد في اللائحة.

أما المادة (٢) فقد بيّنت الغرض منها ونطاق تطبيقها، فنصت على:

"**يتمثل الغرض من هذه اللوائح ونطاقها في الحيلولة دون انتشار المرض على الصعيد الدولي، والحماية منه ومكافحته ومواجهته باتخاذ تدابير في مجال الصحة العمومية على نحو يتناسب مع المخاطر المحتملة المحدقة بالصحة العمومية ويقتصر عليها، مع تجنب التدخل غير الضروري في حركة المرور الدولي والتجارة الدولية**".

ثم توالت المواد القانونية في تحديد السلطات المسؤولة، وبيان الأخطار وإجراءات التحقق من الأمراض والأوبئة، وتزويد منظمة الصحة العالمية بالمعلومات، وغيرها من الالتزامات التي وافقت عليها دولة الكويت وطبقتها في إجراءاتها الصحية العامة في

---

(٢٠) المرجع السابق.

(٢١) ورد في مقدمة اللوائح في ص٢: "ولأن اللوائح (٢٠٠٥) لا تقتصر على أمراض معينة، فإن القصد هو أن تظل ملائمة وقابلة للتطبيق لسنوات طويلة في إطار مواكبة تطور الأمراض والعوامل المؤثرة في ظهورها وانتقالها. كما أن الأحكام الواردة في اللوائح (٢٠٠٥) تكمل وتنقح العديد من الوظائف التقنية والوظائف التنظيمية الأخرى، بما في ذلك الشهادات المنطبقة على السفر والنقل الدوليين، والشروط الخاصة بالموانئ والمطارات والمعابر البرية الدولية".

مواجهة فيروس كورونا المستجد، وهو الأمر الذي اكتسب إشادة دولية من منظمة الصحة العالمية بالإجراءات المتخذة في دولة الكويت للتصدي للفيروس(٢٢).

المطلب الثاني
إجراءات الحجر الصحي وجزاء مخالفتها

لا شك أن الهدف الأساسي من الحجر الصحي هو المحافظة على الصحة العامة في المجتمع، وذلك بتقييد حركة كل من يشتبه بإصابته بالمرض سواء بقدومه من بلد موبوء أو مخالطته لمصابين بالمرض، وهو إجراء احترازي تطبقه الدول حماية من المرض، إذ إن مخالفته قد تؤدي إلى نتائج وخيمة على الصحة العامة والاقتصاد بشكل عام، لذلك تحرص الدول على تشديد العقوبات على كل من يخالف إجراءات الحجر الصحي.

لذا نجد دولة الكويت قد قامت بتشديد العقوبات على كل من يخالف إجراءات الحجر الصحي التي فرضتها السلطات منذ بداية أزمة انتشار فيروس كورونا المستجد، والتي فرضت تدريجياً من خلال عدة قرارات وزارية بهدف الحد من انتشار الفيروس، ومنها قرارات بمنع الرحلات الجوية من دول وجد فيها الفيروس أو متوقع وجوده فيها(٢٣)، هذا وقد صدر قرار أيضاً من مجلس الوزراء بإلغاء كافة الاحتفاليات العامة والتي كانت مقررة للاحتفال بذكرى الاستقلال وذكرى التحرير، وكذلك عيد تولي صاحب السمو مقاليد الحكم بالبلاد في شهر فبراير ٢٠٢٠(٢٤)، ثم صدر قرار يشمل الحجر الصحي المؤسسي للقادمين من دول توسعت بها دائرة انتشار المرض، والحجر المنزلي التام للقادمين من دول أخرى(٢٥)، ولا شك أن هذه القرارات كان لها

(٢٢) وقد زار وفد منظمة الصحة العالمية الكويت بتاريخ ٢٩ فبراير ٢٠٢٠ برئاسة الدكتور أحمد المنظري المدير الإقليمي للمنظمة بالشرق الأوسط، وذلك بناءً على دعوة من الحكومة الكويتية، وقد أشاد الدكتور المنظري بتعامل الجهات المعنية في دولة الكويت مع تفشي فيروس كورونا المستجد (كوفيد-١٩) والعمل على احتوائه، للمزيد انظر:
https://www.kuna.net.kw/ArticleDetails.aspx?id=2871342
آخر زيارة يوم ١٦ أبريل ٢٠٢٠

(٢٣) طبقاً للتعميم الصادر من الإدارة العامة للطيران المدني رقم (٢٨) لسنة ٢٠٢٠ الخاص بفرض الحجر بمنع دخول غير الكويتيين وأسرهم من الدرجة الأولى.

(٢٤) طبقاً للقرار الوزاري من وزير الصحة رقم (٦٤) لسنة ٢٠٢٠ والخاص بمنع كافة الاحتفالات في أنحاء البلاد الصادر في ١٨ مارس ٢٠٢٠.

(٢٥) طبقاً للتعميم الصادر من الإدارة العامة للطيران المدني رقم (٣١) لسنة ٢٠٢٠ الخاص بفرض الحجر الصحي.

الأثر البالغ أثناء محاولات احتواء المرض والعمل على إبطائه والحد من انتشاره، إلا أن مخالفة هذه القرارات تقتضي إعمال الجزاء المقرر في القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية، فقد ورد في المادة (٤):

" **... ويستعان بأفراد الشرطة العامة في تنفيذ العزل الإجباري إذا اقتضى الأمر ذلك** ".

فأعطى المشرّع للجهة المختصة سلطة الإجبار بالاستعانة بالشرطة العامة للدولة في تنفيذ العزل، كما يطبق على مخالفي تلك الإجراءات حسب القانون المذكور حكم المادة ١٧[٢٦] والتي نصت على:

" **١- كل مخالفة لأحكام هذا القانون أو للقرارات المنفذة له، يعاقب مرتكبها بالحبس مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر، وبغرامة لا تزيد على خمسة آلاف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين. ٢- كل مخالفة للقرارات والتدابير المنوه بها في المادة (١٥) من هذا القانون، يعاقب مرتكبها بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر، وبغرامة لا تزيد على عشرة آلاف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين. ٣- كل من علم أنه مصاب بأحد الأمراض السارية وتسبب عمدًا في نقل العدوى إلى شخص آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز عشر سنوات وبغرامة لا تقل عن ثلاثين ألف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين** ".

وفي اعتقادنا أن المادة بنصها الحالي أنسب من النص السابق الذي أقر جزاءات بسيطة لا تتوازن مع حجم الضرر الناشئ عن مخالفة القانون والقرارات الاحترازية المتعلقة بالحد من انتشار الفيروس، وقد هدف المشرع من تغليظ العقوبة إلى تفعيل مسألة الحجر الصحي، وعدم التردد على المحال والأماكن العامة.

وقد لجأ المشرع إلى إدخال تعديل تشريعي على نص المادة السابقة كما سبق التوضيح، مع تفعيل مواد القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٧٩ في شأن الدفاع المدني، والذي أجاز في المادة (٣) والمادة (٦) منه لوزير الداخلية إصدار القرارات اللازمة في حالة الحرب أو الأحكام العرفية أو الطوارئ أو الكوارث العامة، وعليه فقد صدر قرار

(٢٦) أقر مجلس الأمة تعديل المادة (١٧) من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بتاريخ ٢٤ مارس ٢٠٢٠ بهدف تشديد العقوبات، وذلك خلال أزمة انتشار فيروس كورونا المستجد (كوفيد-١٩)، ونشر في ملحق ٤ للعدد ١٤٨٨ من جريدة الكويت اليوم بتاريخ ٢٩ مارس ٢٠٢٠، ومن شأن هذا التعديل تغليظ العقوبات على كل من يخالف أحكام هذا القانون. للمزيد انظر: https://www.kuna.net.kw/ArticleDetails.aspx?id=2881066&language=ar
آخر زيارة يوم ١٦ أبريل ٢٠٢٠

من وزير الداخلية بحظر التجوال في الفترة من ٥ مساءً إلى ٤ صباحاً في جميع أنحاء البلاد[٢٧]، وذلك تدعيماً للحجر الصحي المنزلي والتأكد من تمام البقاء بالمنازل.

وقد قضت المادة (١٥) من القانون نفسه على عقوبة كل من يخالف هذا القانون بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تزيد على عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، وهو إجراء مهم وأساسي في ظل تفشي المرض للحد منه والسيطرة عليه.

المبحث الثاني
مدى اعتبار الحجر الصحي قوة قاهرة

تقسيم:

يتوجب عند الحديث عن القوة القاهرة البدء بتعريفها وذكر شروطها، ثم بيان ما إذا كان الحجر الصحي الإجباري يمثل قوة قاهرة من عدمه، ولذلك سنخصص هذا المبحث للحديث عن مفهوم القوة القاهرة وشروطها، ومن ثم سنستعرض موقف الفقه والقضاء من اعتبار الحجر الصحي قوة قاهرة، وعلى هذا نقسم المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم القوة القاهرة وشروطها

المطلب الثاني: موقف الفقه والقضاء من اعتبار الحجر الصحي قوة قاهرة

المطلب الأول
مفهوم القوة القاهرة وشروطها

تعرف القوة القاهرة بأنها: "حدث لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه"[٢٨]، ويعرفها البعض الآخر بأنها: "حدث خارجي، غير متوقع، لا يمكن مقاومته، مستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة، وهو يحول بصورة مطلقة دون تنفيذ مجموع الالتزامات العقدية (بين الملتزم المتعاقد والإدارة) أو أحد هذه الالتزامات، لا يلزم أحد بالمستحيل"[٢٩].

---

(٢٧) طبقاً لقرار مجلس الوزراء في اجتماعه الاستثنائي بتاريخ ٢٢ مارس ٢٠٢٠ بفرض حظر التجوال الجزئي من الساعة ٥ مساءً إلى الساعة ٤ صباحاً إلا للمصرح لهم وذلك ابتداءً من يوم الأحد ٢٣ مارس ٢٠٢٠ وحتى إشعار آخر، للمزيد انظر:
https://www.kuna.net.kw/ArticleDetails.aspx?id=2880572&language=ar
آخر زيارة يوم ١٦ أبريل ٢٠٢٠

(٢٨) د. حمدي عبد الرحمن، "الوسيط في النظرية العامة للالتزامات"، الكتاب الأول، الطبعة الثانية ٢٠١٠، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٥٣٩.

وقد نص القانون المدني الكويتي على القوة القاهرة في المادة (٢١٥)، حيث جاء فيها:

" ١- في العقود الملزمة للجانبين، إذا أصبح تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه، انقضى هذا الالتزام، وانقضت معه الالتزامات المقابلة على الطرف الآخر وانفسخ العقد من تلقاء نفسه.

- فإن كانت الاستحالة جزئية، كان للدائن، بحسب الأحوال، أن يتمسك بالعقد فيما بقي ممكن التنفيذ، أو أن يطلب فسخ العقد"

ومن خلال التعريف ونص المادة (٢١٥) سالف الذكر يتبيّن لنا أن القوة القاهرة تستوجب توافر شروط معينة[٣٠] لاعتبارها وهي:

١ - أن يكون الحدث حدثاً خارجياً:

ويقصد بكونه حدثاً خارجياً أي لا يكون للمدين يد فيه، فلو صدر الحدث عن المدين فلا يعتبر قوة قاهرة[٣١]، فلابد من أن يكون الحدث خارجياً، أي لا يكون قد اتصل بنشاط المدين أو إرادته في إحداثه[٣٢]، ولا شك أن الجائحة الخاصة بالفيروس تعتبر من دون شك حدثاً خارجياً.

٢ - لا يمكن توقعه:

يشترط في اعتبار الحدث قوة قاهرة ألا يمكن توقعه، فإذا أمكن توقعه فلا يعد قوة قاهرة[٣٣] حتى وإن استحال التنفيذ، وتقدير ذلك بكونه وفق المعيار الموضوعي، فإن أمكن توقعه اعتبر الشخص مقصراً في الأخذ بالاحتياطات اللازمة لتجنب ما

---

(٢٩) د. أميرة جعفر شريف، د. كاوه ياسين سليم، وم. مصطفى رشيد، "نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة في القانون العراقي والشريعة الإسلامية"، بحث مقدم لمؤتمر القضايا القانونية الدولية الرابع، فبراير ٢٠٢٠، ص٩٨٩.

(٣٠) د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام: دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، ١٩٧٩، دار النهضة العربية، بيروت، ص٦٠٠؛ د. عبد الرحمن، مرجع سابق، ص٥٤١؛ أ. د. أنور سلطان، "مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، الطبعة الأولى ٢٠٠٧، دار الثقافة، الأردن، ص٣٣٨؛ د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، ١٩٥٤، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ص٢٩٥.

(٣١) أ. د. سلطان، مرجع سابق، ص٣٣٩.

(٣٢) د. عبد الرحمن، مرجع سابق، ص٥٤١.

(٣٣) د. الصدة، مرجع سابق، ص٦٠٠؛ أ. د. خالد بني أحمد، "الفرق بين القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة دراسة فقهية مقارنة بالقانون الوضعي، بحث منشور، ٢٠١٨، ص٥.

توقعه[٣٤]، ومما لا جدال فيه أن الجائحة المشار إليها لا يمكن للرجل العادي توقعها وقت حدوثها.

٣ – لا يمكن دفعه:

والمقصود بالدفع هنا هو إمكانية تجنب الحدث لو بذلت الأسباب، فيجب أن يتوافر في القوة القاهرة استحالة مطلقة لدفعها، فلو بذلت الأسباب وأمكن دفع الحدث إن كان مستطاعاً لما اعتبرت قوة قاهرة[٣٥]، ولو كانت الاستحالة قاصرة على عدم قدرة المدين على الدفع ما اعتبرت الاستحالة مطلقة ولا اعتبرت بالتالي قوة قاهرة[٣٦][٣٧]، ولا شك أن المدين لا يستطيع دفع هذه الجائحة.

المطلب الثاني
موقف الفقه والقضاء من اعتبار الحجر الصحي قوة قاهرة

عند إعمال شروط القوة القاهرة على الحجر الصحي، نجد أن الحجر الصحي حدث خارجي، فهو غير متعلق بالمدين فقط، فقد يكون الحجر شاملاً للدولة بالكامل. أيضاً الحجر الصحي غير متوقع، خاصة مع الإجراءات الاحترازية المتسارعة التي تتخذها الدولة في فترة زمنية بسيطة في مثل هذه الظروف للحد من انتشار الفيروس كما حدث في أزمة انتشار فيروس كورونا المستجد (كوفيد–١٩). إضافة إلى ذلك فإن الحجر الصحي لا يمكن دفعه، فهو مسألة إلزامية واجبة التطبيق.

فالحجر الصحي إذن يؤدي إلى استحالة مؤقتة لا كلية تنتهي بانتهاء القوة القاهرة.

يتبقى لنا في اعتبار الحجر الصحي قوة قاهرة من عدمه إثبات مسألة الاستحالة، وهي مسألة يتوجب علينا فيها التفرقة بين نوعين من العمل:

النوع الأول هو الأعمال التي لا يمكن للعامل فيها العمل من خلال الحجر،

---

(٣٤) أ. د. سلطان، مرجع سابق، ص٣٣٨.

(٣٥) د. الصدة، مرجع سابق، ص٦٠٠؛ أ. د. خالد بني أحمد، مرجع سابق، ص٦٠٠.

(٣٦) أ. د. سلطان، مرجع سابق، ص٣٣٩.

(٣٧) "ومن الملاحظ أن هذا الشرط أبرز ما يميز نظرية القوة القاهرة عن نظرية الظروف الطارئة، فالقوة القاهرة تعفي المتعاقد من متابعة التنفيذ لاستحالة التنفيذ، أما نظرية الظروف الطارئة فإن المتعاقد ملزم بمتابعة التنفيذ رغم الصعوبات التي تعترضه"، د. أميرة جعفر شريف، د. كاوه ياسين سليم، وم. مصطفى رشيد، مرجع سابق، ص٩٩١.

كالطاهي في المطعم أو مضيف الطائرات أو أي عمل آخر يحتاج إلى تواجد العامل بمقر العمل، ففي هذه الحالة تتوفر الاستحالة الجزئية لا المطلقة، كون العامل في هذه الحالة مجبوراً على عدم العمل خلال فترة الحجر الصحي إلى حين انتهائه أو ثبوت إصابته بالمرض.

أما النوع الثاني من الأعمال فهو الأعمال المكتبية والتي تقوم على الجهد الذهني لا الحركي كمصمم الإعلانات أو المحاسب أو الكاتب، فلا ثمة ما يحول دون العمل من مقر الحجر، وكل ما هناك أن الأعمال قد تتأخر قليلاً أو تحتاج إلى جهد أكبر في إتمامها من جهة توصيل الأوراق أو إرسال المعلومات للعامل، فلا يتوفر فيها عنصر الاستحالة.

وقد أكدت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني على مسألة الاستحالة الجزئية بقولها:

" **أما إذا كانت الاستحالة جزئية، فإن العقد لا ينفسخ كلياً، ويكون للدائن بحسب الأحوال أن يتمسك بالعقد فيما يخص ما بقي ممكن التنفيذ في حقه وما يتناسب معه من الالتزام المقابل، أو أن يطلب فسخ العقد برمته**" [٣٨].

وقد جاء في كتاب أصول قانون العمل للفقيه الأستاذ الدكتور/ حسن كيرة:

"إذا استحال التنفيذ من جانب العامل نتيجة قوة قاهرة بالمعنى المعروف لها في القواعد العامة من عدم إمكان التوقع واستحالة الدفع وعدم الرجوع إلى خطأ المدين، فإن أثر هذه الاستحالة يتوقف على ما إذا كانت وقتية أو نهائية. فإن كانت وقتية، فإنه لا يترتب عليها إلا مجرد وقف عقد العمل طوال وجودها، بحيث يسترد العقد تنفيذه عند زوالها. أما إذا كانت نهائية، فإنها تؤدي إلى انفساخ العقد بقوة القانون، فينتهي تلقائياً دون حاجة إلى إجراء خاص يقرر هذا الانتهاء، ودون مسؤولية على العامل رغم انفساخه قبل نهاية مدته إذا كان محدد المدة، أو دون مراعاة مهلة الإخطار إذا كان غير محدد المدة" [٣٩].

وقد جاءت الأحكام القضائية التي تؤكد أن الأزمات المؤقتة توقف نفاذ العقد، ومنها[٤٠]:

(٣٨) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ص٢٠٤.

(٣٩) أ. د. حسن كيرة، "أصول قانون العمل"، الطبعة الأولى ١٩٦٤، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص٥٣٣.

(٤٠) لمزيد من أحكام التمييز يرجى مراجعة الطعن بالتمييز رقم ٢ لسنة ٢٠٠٥، عمال ١، جلسة ١٩ يونيه ٢٠٠٦؛ وكذلك الطعنين بالتمييز رقمي ١١٠ و ١٢١ لسنة ٢٠٠٣، عمالي، جلسة ١٤ مارس ٢٠٠٥.

١ - "**يشترط في القوة القاهرة التي ينقضي بها الالتزام أن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة. الاستحالة الطارئة يترتب عليها وقف الالتزام. مثال بشأن عقد العمل. عودة العامل إلى عمله بعد تحرير الكويت، أثره، اعتبار مدة خدمة واحدة، النعي بعدم سماع الدعوى عن الفترة السابقة للغزو غير مقبول**".
(الطعن بالتمييز رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، عمالي، جلسة ٢٤/١/٢٠٠٠)

٢ - "**عقد العمل. الغزو العراقي للبلاد. مانع مؤقت توقف بسببه تنفيذ العقد ثم استئناف سيره بعد التحرير. الحكم باحتساب فروق مقابل مكافأة نهاية الخدمة للعامل في فترة عمله قبل الغزو وبعده على أنها فترة عمل متصلة تتخللها فترة انقطاع بسبب الغزو. تطبيق صحيح القانون**".
(الطعن بالتمييز رقم ١٩٥ لسنة ٢٠٠٤، عمالي، جلسة ١٠/٤/٢٠٠٦)

الفصل الثاني
مدى اعتبار الحجر الصحي إجازة مرضية
في قانون العمل الكويتي

تقسيم:

قد يشترك الحجر الصحي مع الإجازة المرضية في أن كليهما يقتضي بقاء العامل في المنزل والابتعاد عن مخالطة غيره من أفراد المجتمع، لذا نخصص هذا الفصل الذي يأتي في ثلاثة مباحث، للتعريف أولاً بالإجازة المرضية مع بيان أقسامها وشروط الاستفادة منها، ثم نخصص المبحث الثاني للإطار التنظيمي للإجازة المرضية في دولة الكويت، على أن نختم هذا الفصل بمبحث ثالث نخصصه تحت عنوان مدى اعتبار الحجر الصحي من الإجازات المرضية.

المبحث الأول
الإجازات المرضية (تعريفها – أقسامها – شروط الاستفادة منها)

تعرف الإجازة المرضية بشكل عام بأنها الإجازة التي تعطى للعامل بسبب مرض ألم به، أي أن السبب بشأن منح هذه الإجازة هو المرض، والذي يعد عارضاً صحياً أو علة تصيب الإنسان تحول دون قيامه بواجباته بالشكل الطبيعي.

ويشترط للحصول على إجازة مرضية بشكل عام استيفاء الشروط الآتية:

١ – إصابة العامل بمرض أو علة تحول كلياً أو جزئياً دون قيامه بحياته الطبيعية.

٢ – أن يثبت هذا المرض بتقرير من الطبيب المعتمد[٤١] الذي يعينه صاحب العمل، فإذا وقع خلاف بيّن في شأن إثبات المرض بين الطبيب الذي عينه صاحب العمل والطبيب الحكومي اعتمدت شهادة الطبيب الحكومي، وهو ما قضت به المادة (٦٩) من القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٠ بشأن العمل في القطاع الأهلي الكويتي.

وتختلف أقسام الإجازة المرضية باختلاف سبب المرض، وهو ما يؤدي إلى اختلاف الحكم المطبق على العامل، ويمكن إيجازها بأربع حالات:

(٤١) د. سيد محمود رمضان، "الوسيط في شرح قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي: دراسة مقارنة مع التطبيقات القضائية لمحكمتي التمييز والنقض"، الطبعة الرابعة ٢٠١٤، دار الثقافة، الأردن، ص٣٥٨.

الحالة الأولى:

إجازة مرضية بسبب الضعف الإنساني ناتجة عن مرض لا علاقة له بالعمل، أي أن هذا المرض لم يكن عمله سبباً فيه، ويشترط فيها مرض العامل وإثبات ذلك بشهادة طبية معتمدة(٤٢).

الحالة الثانية:

إجازة مرضية للأمراض المستعصية، وهي الأمراض التي تحتاج لفترات طويلة في علاجها(٤٣)، وهي أمراض استثناها المشرّع من مدة الإجازة المقررة في الإجازة المرضية، فيمنح فيها العامل إجازة مدفوعة الأجر إلى حين شفائه دون تحديد مدة زمنية محددة(٤٤)، ويشترط لذلك ثبوت مرض العامل بأحد الأمراض المستعصية، وورود المرض المستعصي في جدول الأمراض المستعصية الصادر بقرار من الوزير المختص بعد أخذ الرأي الفني من وزارة الصحة، وذلك وفقاً لما قررته المادة (٦٩) من قانون العمل في القطاع الأهلي(٤٥).

الحالة الثالثة:

إجازة مرضية ناتجة عن مضاعفات الوضع للمرأة العاملة، وهي إجازة تكون بناءً على طلبها مع إثبات حالتها من خلال الطبيب المعتمد، علماً بأن هذه الإجازة غير مدفوعة الأجر، وقد نص عليها المشرّع الكويتي في المادة (٢٤) من قانون العمل في القطاع الأهلي(٤٦).

---

(٤٢) للمزيد انظر: د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق، "شرح قانون العمل الكويتي الجديد رقم ٦ لسنة ٢٠١٠ بشأن العمل في القطاع الأهلي في ضوء الفقه وأحكام القضاء"، الطبعة الأولى ٢٠١١، دار النهضة العربية، ص٢٩٩ وما بعدها.

(٤٣) ورد هذا التعريف في القرار الوزاري رقم (١٩٧/ع) لسنة ٢٠١٠ بشأن الأمراض المستعصية الصادر في ٥ سبتمبر ٢٠١٠، إلا أن التعريف غير دقيق، إذ إن المقصود بالمستعصية أي التي لا يرجى الشفاء منها وفق ما يتوصل له الأطباء في فترة الإصابة به، وقد ورد بالتقرير العديد من هذه الأمراض ومنها على سبيل المثال (مرض نقص المناعة المكتسبة، مرض الدرن (السل)، مرض فقر الدم المنجلي، مرض الفصام، مرض ضمور العضلات، مرض الشلل النصفي السفلي، مرض الشلل الرعاش، أمراض القلب، مرض القيء الدموي، مرض تصلب الجلد).

(٤٤) د. خالد جاسم الهندياني ود. عبد الرسول عبد الرضا، مرجع سابق، ص٣١٥.

(٤٥) القرار الوزاري رقم (١٩٧/ع) لسنة ٢٠١٠ بشأن الأمراض المستعصية الصادر في ٥ سبتمبر ٢٠١٠.

(٤٦) د. صالح ناصر العتيبي، "شرح قانون العمل في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء"، الطبعة الأولى ٢٠١٥، الكويت، ص٣٣٨.

الحالة الرابعة:

إجازة مرضية بسبب المرض، وتحديداً ما يسمى بالمرض المهني، ويشترط فيه لتعويض العامل عنه ثبوت علاقة السببية بين المرض والعمل، بالإضافة إلى ورود المرض في جدول أمراض المهنة(٤٧) الصادر به قرار من الوزير المختص وهو وزير الصحة وفقاً لما تقرره المادة (٩٤) من قانون العمل في القطاع الأهلي(٤٨).

المبحث الثاني
الإطار التنظيمي للإجازة المرضية في الكويت

حرصت تشريعات العمل على تنظيم الإجازة المرضية، كون عقد العمل عقداً يرد على إنسان، والإنسان يعتريه الضعف والوهن والمرض، ولم يخرج المشرّع الكويتي عن ذلك، فنص على الإجازة المرضية في المادة (٦٩) من القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٠ بشأن العمل في القطاع الأهلي، والتي نصت على القاعدة العامة في مرض العامل، حيث جاء فيها:

"مع مراعاة حكم المادة (٢٤) في هذا القانون، للعامل الحق في الإجازات المرضية الآتية خلال السنة:

- خمسة عشر يوماً بأجر كامل.
- عشرة أيام بثلاثة أرباع الأجر.
- عشرة أيام بنصف الأجر.
- عشرة أيام بربع الأجر.
- ثلاثون يوماً من دون أجر.

ويثبت المرض الذي يقتضي الإجازة بشهادة من الطبيب الذي يعينه صاحب العمل أو الطبيب المسؤول في الوحدة الصحية الحكومية، فإذا وقع خلاف في شأن استحقاق الإجازة أو مدتها فإن شهادة الطبيب الحكومي تكون هي المعتمدة.

(٤٧) قرار وزاري رقم (٢٠٤/ع) لسنة ٢٠١١ الصادر بتاريخ ١٣ فبراير ٢٠١١ بشأن جدول تحديد نسب العجز في حالات إصابات العمل وأمراض المهنة.

(٤٨) د. خالد جاسم الهندياني ود. عبد الرسول عبد الرضا، "شرح أحكام قانون العمل الكويتي رقم ٦ لسنة ٢٠١٠م"، الطبعة الثالثة، ٢٠١٨، الكويت، ص٣٢٢.

أما ما يخص الأمراض المستعصية فتستثنى بقرار من الوزير المختص، يحدد فيه نوع هذه الأمراض."

وفيها قسم المشرّع إجازة العامل المرضية إلى عدة أقسام، مبتدئاً بأن لكل عامل الحق بإجازة مرضية مدفوعة الأجر لمدة ١٥ يوماً بالسنة بأجر كامل، منتهياً بإجازة لمدة ٣٠ يوماً من دون أجر، ثم بعد ذلك فيكون صاحب العمل بالخيار في وقف العقد إلى حين شفاء العامل أو وفاته، أو إعمال المادة (٤٩) من قانون العمل والتي تقضي بالآتي:

"**ينتهي عقد العمل بوفاة العامل أو ثبوت عجزه عن تأدية عمله أو بسبب مرض استنفد إجازته المرضية. وذلك بشهادة معتمدة من الجهات الطبية المختصة الرسمية**».

أي أن عقد العمل ينتهي متى ما ثبت ذلك بشهادة طبية معتمدة واستنفاده لمدة الإجازات المقررة في المادة (٦٩) السابق ذكرها من القانون ذاته[٤٩].

وقد نص المشرّع الكويتي في قانون العمل على إجازات مرضية خاصة وفقاً للظروف الصحية التي يكون بها العامل، فنص في المادة (٢٤) منه على:

"**تستحق المرأة العاملة الحامل إجازة مدفوعة الأجر لا تحسب من إجازاتها الأخرى لمدة سبعين يوماً للوضع بشرط أن يتم الوضع خلالها.**

ويجوز لصاحب العمل عقب انتهاء إجازة الوضع منح المرأة العاملة بناء على طلبها إجازة من دون أجر لا تزيد مدتها على أربعة أشهر لرعاية الطفولة.

ولا يجوز لصاحب العمل إنهاء خدمة العاملة أثناء تمتعها بتلك الإجازة أو انقطاعها عن العمل بسبب مرض يثبت بشهادة طبية أنه نتيجة للحمل أو الوضع».

أي أن المرأة العاملة الحامل – متى ما طلبت ذلك – يحق لها إجازة مرضية استثنائية دون أجر، بعد إثبات المضاعفات بشهادة طبية معتمدة.

وكما أسلفنا في المبحث الأول، فقد نظم المشرّع الأمراض المستعصية في المادة (٦٩)، واشترط لها إصابة العامل بأحد الأمراض المستعصية وورود المرض في جدول الأمراض المستعصية.

واختتم المشرّع الإجازات الناتجة عن الأمراض بالمرض المهني، فنصت المادة (٩٣) من قانون العمل في القطاع الأهلي على:

---

(٤٩) د. خالد جاسم الهنדياني ود. عبد الرسول عبد الرضا، مرجع سابق، ص٣١٥.

"للعامل المصاب بإصابة عمل أو مرض مهني الحق في تقاضي أجره طوال فترة العلاج التي يحددها الطبيب، وإذا زادت فترة العلاج على ستة أشهر يدفع له نصف الأجر فقط حتى شفاؤه أو تثبت عاهته أو يتوفى".

فاشترطت المادة – خروجاً عن القواعد العامة في كيفية احتساب الإجازات المرضية – على صاحب العمل منح العامل إجازة مرضية غير محددة المدة إلى حين شفائه أو ثبوت العاهة المستديمة أو وفاته، على أن تكون الستة أشهر الأولى مدفوعة الأجر، والفترة التي تليها بنصف الأجر، إلى حين شفاء العامل أو ثبوت العاهة المستديمة التي يقررها الطبيب المعتمد بشهادة طبية، أو وفاته.

المبحث الثالث

مدى اعتبار الحجر الصحي من الإجازات المرضية

استعرضنا من خلال المبحث السابق شروط حصول العامل على الإجازة المرضية، والتي تشترط مرض العامل وثبوته بشهادة طبية من طبيب معتمد، وهو ما يطرح سؤالاً مهماً يدور حول مدى اعتبار الحجر الصحي إجازة مرضية؟

والإجابة عن هذا السؤال تقتضي التفرقة بين مسألتين:

الأولى: الفترة التي يقضيها العامل جبراً في الحجر الصحي مؤسسياً كان أو منزلياً دون ثبوت مرضه.

الثانية: فترة بقاء العامل في الحجر الصحي مؤسسياً كان أو منزلياً مع ثبوت إصابته بأحد الأوبئة.

أما الحالة الأولى فلا تعتبر فيها فترة الحجر الصحي إجازة مرضية؛ ذلك أن الهدف الأساسي من الحجر الصحي هو ابتعاد الفرد عن مخالطة الأمراض، أو فترة اختبار لوجود المرض لدى العامل من عدمه، فإذا ما ثبت خلوه من المرض رجع إلى عمله دون احتساب فترة الحجر الصحي كإجازة مرضية لتخلف شرطي الإجازة المرضية، وهما مرض العامل وثبوت ذلك المرض بشهادة طبية.

أما الحالة الثانية وهي حالة الحجر الصحي للعامل مع ثبوت مرضه، ففي هذه الحالة لا تعتبر فترة الحجر إجازة مرضية إلا من تاريخ ثبوت مرض العامل بشهادة طبية معتمدة، وهنا يجب أن تطبق المادة (٦٩) من قانون العمل في القطاع الأهلي وفقاً لجدول الإجازات المنصوص عليه في المادة.

أما إذا كان المرض نتيجة تفشيه في المنشأة، أي أن المرض قد انتقل للعامل

نتيجة العمل، فتطبق أحكام المادة (٩٣) من قانون العمل في القطاع الأهلي من تاريخ مرض العامل وإثبات العلاقة السببية بالعمل.

أما إذا ثبت مرض العامل بأحد الأمراض المستعصية أثناء فترة بقائه في الحجر الصحي، وكان هذا المرض قد ثبت بشهادة طبية معتمدة مع وروده في جدول الأمراض المستعصية، عندئذ يتم إعمال نص المادة (٦٩) من قانون العمل في القطاع الأهلي.

الخاتمة والتوصيات:

بيّنا في البحث تعريف الحجر وأنواعه بالقوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية، وقسمنا الحجر الصحي لعدة أقسام وهي (الحجر الصحي المؤسسي، الحجر الصحي المنزلي، الحجر الصحي الجزئي، الحجر الصحي العام) وأثبتنا – من خلال تعريف القوة القاهرة وتوضيح شروطها ومدى انطباقها على الحجر الصحي وفقاً للقواعد القانونية – أن الحجر الصحي قوة قاهرة مؤقتة لا تؤدي إلى الاستحالة المطلقة وإنما إلى الاستحالة الجزئية، ذلك أن فترة الحجر عادة ما تكون مؤقتة، توقف ترتب آثار العقد ولا تقضي بانفساخه.

كما استعرضنا من خلال هذا البحث أن إجراءات الحجر الصحي واجبة التطبيق على العامل وعلى صاحب العمل، فلا يجب أن يضار منها العامل فقط، ثم انتهى رأينا في البحث – من خلال تعريف الإجازة المرضية وبيان شروطها ومدى انطباق هذه الشروط على الحجر الصحي – إلى أن الإجازة المرضية لا تنطبق على الحجر الصحي كأصل لتخلف شروط الإجازة المرضية، وإنما تنطبق الإجازة المرضية على العامل من وقت إثبات المرض فقط.

ولذلك نرى ضرورة تبني المشرّع لتعديل تشريعي ينظم مسألة الحجر الصحي على نحو متكامل في قانون العمل واستثنائه من القواعد العامة التي تحكم الإجازة المرضية، حتى يتحقق التوازن المنشود في القانون.

وقد يشتمل التعديل التشريعي المقترح على تقرير أحقية أصحاب الأعمال بالاختيار من بين عدة إجراءات يرونها الأكثر تناسباً مع بيئة العمل، وحفاظاً على الصحة العامة للعاملين، ومنها على سبيل المثال توفير المستلزمات الطبية للعامل ولأسرته، ومنح بعض العاملين ساعات عمل مرنة مخفضة، وتبني سياسة العمل من المنزل بشكل اختياري أو إلزامي وفقاً لمتطلبات العمل، واعتماد أسلوب المناوبة بين العمال، وتحمل تكاليف الانتقال أو تخصيص وسائل مواصلات لهم تقيهم شر الزحام، على ألا تطبق هذه القواعد على العامل تحت الاختبار أو ممن لم يمضَ على ممارسته لعمله ستة أشهر.

المراجع

التشريعات والقرارات:

- الدستور الكويتي.
- قانون رقم ٦ لسنة ١٩٦٩ بالاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية وتعديلاته - الكويت.
- قانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ بإصدار القانون المدني.
- قانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٠ بشأن العمل في القطاع الأهلي - الكويت.
- التعميم رقم (٢٤) لسنة ٢٠٢٠ من وزير الصحة بتاريخ ٨ مارس ٢٠٢٠ بشأن تطبيق الإجراءات الاحترازية على القادمين من بعض الدول التي انتشر بها فيروس كورونا المستجد كوفيد-١٩.
- القرار الوزاري رقم (١٩٧/ع) لسنة ٢٠١٠ بشأن الأمراض المستعصية، الصادر في ٥ سبتمبر ٢٠١٠.
- القرار الوزاري رقم (٢٠٤/ع) لسنة ٢٠١١ الصادر بتاريخ ١٣ فبراير ٢٠١١ بشأن جدول تحديد نسب العجز في حالات إصابات العمل وأمراض المهنة.
- القرار الوزاري من وزير الصحة رقم (٦٤) لسنة ٢٠٢٠ والخاص بمنع كافة الاحتفالات في أنحاء البلاد، الصادر في ١٨ مارس ٢٠٢٠.

الكتب والمراجع:

- معجم لسان العرب لابن منظور، دار المعارف.
- د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، ١٩٥٤، مطبعة نهضة مصر، القاهرة.
- أ. د. حسن كيرة، "أصول قانون العمل"، الطبعة الأولى ١٩٦٤، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- د. عبد المنعم فرج الصدة، "مصادر الالتزام: دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري"، ١٩٧٩، دار النهضة العربية، بيروت.
- أ. د. أنور سلطان، "مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، الطبعة الأولى ٢٠٠٧، دار الثقافة، الأردن.
- د. حمدي عبد الرحمن، "الوسيط في النظرية العامة للالتزامات"، الكتاب الأول، الطبعة الثانية ٢٠١٠، دار النهضة العربية، القاهرة.

- د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق، "شرح قانون العمل الكويتي الجديد رقم ٦ لسنة ٢٠١٠ بشأن العمل في القطاع الأهلي في ضوء الفقه وأحكام القضاء"، الطبعة الأولى ٢٠١١، دار النهضة العربية.
- د. سيد محمود رمضان، "الوسيط في شرح قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي: دراسة مقارنة مع التطبيقات القضائية لمحكمتي التمييز والنقض"، الطبعة الرابعة ٢٠١٤، دار الثقافة، الأردن.
- د. صالح ناصر العتيبي، "شرح قانون العمل في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء"، الطبعة الأولى ٢٠١٥، الكويت.
- د. خالد جاسم الهندياني ود. عبد الرسول عبد الرضا، "شرح أحكام قانون العمل الكويتي رقم ٦ لسنة ٢٠١٠م"، الطبعة الثالثة، ٢٠١٨، الكويت.
- أ. د. خالد بني أحمد، "الفرق بين القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة: دراسة فقهية مقارنة بالقانون الوضعي، بحث منشور، ٢٠١٨.
- د. أميرة جعفر شريف، د. كاوه ياسين سليم، وم. مصطفى رشيد، "نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة في القانون العراقي والشريعة الإسلامية"، بحث مقدم لمؤتمر القضايا القانونية الدولية الرابع، فبراير ٢٠٢٠.
- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، "أصول القانون (الجزء الثاني) نظرية الحق"، مجلس النشر العلمي – جامعة الكويت.

اتفاقيات:

- اتفاقية منظمة الصحة العالمية، "اللوائح الصحية العالمية ٢٠٠٥"، الطبعة الثالثة.

مواقع الإنترنت:

- موقع منظمة الصحة العالمية https://www.who.int/ar
- موقع وكالة الأنباء الكويتية "كونا" https://www.kuna.net.kw
- موقع وكالة CNN بالعربية
- موقع جريدة الجريدة

Views on the effect of quarantine on work relations in Kuwaiti Law

Dr. Anas Faisal Altourah

This research is a study of the effect of quarantine on work relations in Kuwaiti law. The researcher reviewed what "quarantine" is? In addition, how Kuwaiti legislation dealt with it? Then the researcher - through the definition of "force majeure" and clarification of its conditions - showed that to what extent can consider the "quarantine" as a "force majeure" and its applicability to "quarantine". The researcher concluded that the description of "force majeure" can applied to "quarantine", which casts a shadow on the labor contracts and obligations on it. Moreover, the researcher - through definition of "sick leave" and its conditions - showed that to what extent could consider the "quarantine" as a "sick leave" and its applicability to "quarantine". The researcher concluded that the description of "sick leave" cannot applied to "quarantine" that the conditions of "sick leave" do not apply to "quarantine" except in the event that the worker's sick is legally proven, and since the date of this evidence.

أثر جائحة كورونا (Covid-19) على إجراءات التحكيم الدولي والداخلي: دراسة تحليلية في التشريعات الكويتية

الدكتور/ حسن محمد الرشيد*
الدكتور/ يوسف حامد الياقوت**

ملخص:

اتخذت دولة الكويت كبقية دول العالم، حزمة من التدابير الاحترازية والوقائية لمكافحة تفشي فيروس كورونا المستجد (COVID-19)، مما أثر في العلاقات التعاقدية للأفراد والمؤسسات وذلك على الصعيد المحلي والدولي، ونتج عن ذلك العديد من الإشكاليات العملية والقانونية، والتي بدورها تتطلب رفع الكثير من القضايا التي لا تحتمل التأخير بنظرها لإعادة توازن العقود وترتيب الالتزامات، وعليه، فلابد للتحكيم أن يكون له دور إيجابي في ظل هذه الأزمة، وذلك بتمكين المتعاقدين من الالتجاء إليه لحسم المنازعات الناتجة عنها، ومن هنا، ولاعتبارات عديدة تتعلق بفلسفة التحكيم، يجب أن لا تؤثر أزمة كورونا بالمنظومة التحكيمية سلباً وتحد من فاعليتها، بل على العكس، ينبغي أن يكون للتحكيم دور فعّال وخصوصاً في ظل تعطل القضاء بدولة الكويت. وعليه فإن هذا البحث يهدف إلى توضيح الإشكاليات التي أثرت في التحكيم بدولة الكويت، وبيان عدم قدرته على مواجهة المعوقات والتكيف معها، والكشف عن صعوبة تطويع قواعده وأحكامه أمام التحديات الراهنة، ولذلك انصب الجهد والعمل على معالجة هذه القصور، وعلى ذلك، فقد انتهت هذه الدراسة إلى التوصية بمعالجات وقتية وعملية، وحلول جذرية وشاملة للمنظومة التحكيمية في دولة الكويت، لضمان استمراريتها وتعزيز فعاليتها أثناء الأزمات والظروف الصعبة عن طريق إدخال الوسائل الإلكترونية لنظام التحكيم في التشريعات الحالية، والبحث كذلك عن إمكانية تبني نظام التحكيم الإلكتروني باعتباره الوسيلة الأجدر والأكفأ للقيام بدوره المأمول كأسلوب متطور وملائم لحسم المنازعات في ظل جائحة كورونا.

المقدمة:

أعلنت منظمة الصحة العالمية يوم الخميس الموافق٣٠ يناير ٢٠٢٠ حالة الطوارئ على نطاق دولي[١] لمكافحة تفشي فيروس كورونا المستجد (COVID-19)،

* الباحث الرئيس: قسم القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة الكويت.
** الباحث المشارك: قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الكويت.

(١) انظر: البيان المنبثق عن الاجتماع الثاني للجنة الطوارئ المعنية باللوائح الصحية الدولية (٢٠٠٥) بشأن فاشية فيروس كورونا المستجد، المنعقدة بيوم الخميس ٣٠ يناير ٢٠٢٠، من الساعة ١٣:٣٠ إلى الساعة ١٨:٣٥ بتوقيت جنيف. مرفق رابط البيان باللغة العربية https://www.who.int/ar/news-room/detail/05-06-1441-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov) تاريخ الدخول على الرابط ٩ مايو ٢٠٢٠.

وأوصت جميع دول العالم أن تكون على أهبة الاستعداد لمواجهة هذا الفيروس واحتوائه عن طريق الرصد المبكر للحالات والكشف عنها وعزلها ومعالجتها، وفي يوم الأربعاء الموافق ١١ مارس ٢٠٢٠ صرح تيدروس غيبريسوس (Tedros Adhanom Ghebreyesus) المدير العام لمنظمة الصحة العالمية باعتبار فيروس كورونا جائحة (Pandemic)؛ وذلك لانتشاره على كل المستويات، وخطورته المثيرة للقلق حول العالم، ومستويات التقاعس المزعجة من بعض الدول عن اتخاذ الإجراءات اللازمة لمكافحته(٢). وبتاريخ ٣٠ أبريل ٢٠٢٠ أعلنت منظمة الصحة العالمية أن جائحة كورونا لاتزال تشكل طارئة صحية عمومية تثير قلقاً دولياً، وطالبت دول العالم بأخذ تدابير وقائية أكثر صرامة من أجل احتواء هذه الجائحة العالمية ومكافحتها(٣).

وعلى إثر هذه التوصيات الصادرة من منظمة الصحة العالمية وسرعة انتشار هذا الفيروس قامت دولة الكويت بإدراج فيروس كورونا المستجد في الجدول الملحق بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ في شأن الأمراض السارية والوبائية، وذلك لكي يتسنى لوزير الصحة ومجلس الوزراء اتخاذ التدابير الوقائية للحد من تفشي الفيروس(٤). وبعد ذلك قامت دولة الكويت – كبقية دول العالم – باتخاذ تدابير احترازية ووقائية لمكافحة جائحة كورونا، ومن أبرز هذه التدابير تعطيل معظم الدوائر الحكومية(٥)،

(٢) انظر: الصفحة الرسمية الخاصة بمنظمة الصحة العالمية بخصوص الملاحظات الافتتاحية التي أدلى بها المدير العام لمنظمة الصحة العالمية في الإحاطة الإعلامية بشأن مرض كوفيد-١٩ في ١١ آذار/ مارس ٢٠٢٠، مرفق رابط البيان باللغة العربية https://www.who.int/ar/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020 تاريخ الدخول على الرابط ٩ مايو ٢٠٢٠.

(٣) انظر: البيان المنبثق عن الاجتماع الثالث للجنة الطوارئ المعنية باللوائح الصحية الدولية (٢٠٠٥) بشأن تفشي فيروس كورونا المستجد، المنعقدة بيوم الخميس ٣٠ إبريل ٢٠٢٠، من الساعة ١٢:٠٠ إلى الساعة ١٧:٤٥ بتوقيت جنيف. مرفق رابط البيان باللغة العربية https://www.who.int/ar/news-room/detail/05-06-1441-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov) تاريخ الدخول على الرابط ٩ مايو ٢٠٢٠.

(٤) انظر: القرار الوزاري رقم ٤٩ لسنة ٢٠٢٠ بإضافة الإصابة بفيروس كورونا المستجد (Covid-19) إلى الجدول الملحق بقانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ واعتبارها من الأمراض السارية والوبائية.

(٥) بتاريخ ١١ مارس ٢٠٢٠ صدر قرار من مجلس الوزراء بتعطيل جميع الوزارات والجهات الحكومية والهيئات والمؤسسات العامة (احترازياً) من الفترة ١٢ مارس ٢٠٢٠ حتى ٢٦ مارس٢٠٢٠. علماً بأن هذه الفترة قد استؤنفت حتى كتابة هذا البحث بعدة قرارات لاحقة، =

وتعطيل الدراسة(٦)، ووقف الطيران(٧)، وتأجيل جميع الدعاوى القضائية(٨)، وإقامة حظر تجول جزئي(٩) وبعد ذلك كلي(١٠)، وحظر تصدير بعض السلع(١١)، ومنع إقامة الحفلات والمناسبات والمهرجانات(١٢)، ووقف العمل في كل المؤسسات العلاجية

= انظر: قرار صادر من مجلس الوزراء يحمل رقم (٣٩١/٨/أ)، والتعميم رقم (٨) لسنة ٢٠٢٠ بشأن تمديد تعطيل العمل بجميع الوزارات والجهات الحكومية والهيئات والمؤسسات العامة (احترازياً) بسبب فيروس كورونا المستجد من الفترة ٢٦ مارس ٢٠٢٠ حتى ٩ إبريل ٢٠٢٠.

(٦) بتاريخ ٢٦ فبراير ٢٠٢٠ أصدر وزير التربية قراراً بتعليق الدراسة لمدة أسبوعين للطلبة والهيئات التعليمية والإدارية العاملة في المدارس والجامعات الحكومية والخاصة، علماً بأنه تم استئناف فترة التعطيل حتى كتابة هذا البحث من خلال قرارات لاحقة.

(٧) بتاريخ ١١ مارس ٢٠٢٠ يوم الأربعاء علق مجلس الوزراء الكويتي باجتماعه الاستثنائي جميع رحلات الطيران التجاري المغادرة من والقادمة إلى مطار الكويت الدولي اعتباراً من منتصف ليل يوم الجمعة الموافق ١٣ مارس ٢٠٢٠ حتى إشعار آخر.

(٨) بتاريخ ١٢ مارس ٢٠٢٠ أعلن رئيس المجلس الأعلى للقضاء تأجيل جميع الدعاوى القضائية في كل محاكم البلاد تأجيلاً إدارياً، وذلك انسجاماً مع قرار مجلس الوزراء بتعطيل العمل.

(٩) بتاريخ ٢١ مارس ٢٠٢٠ صدر قرار منع التجول في جميع مناطق دولة الكويت وتقييد حركة المرور (من الساعة الخامسة مساءً حتى الرابعة فجراً) اعتباراً من الساعة الخامسة بعد عصر يوم الأحد الموافق ٢٢ مارس ٢٠٢٠ حتى إشعار آخر، انظر: القرار الوزاري الصادر من وزارة الصحة بتاريخ ٢١ مارس ٢٠٢٠، وهو يحمل رقم (٦٥) لسنة ٢٠٢٠، القرار منشور بمجلة كويت اليوم ملحق ٣ العدد ١٤٨٨ السنة السادسة والستون، وبتاريخ ٦ إبريل ٢٠٢٠ صدر قرار بمد ساعات منع التجول في جميع مناطق دولة الكويت وتقييد حركة المرور لتصبح فترة الحظر (من الساعة الخامسة مساءً حتى السادسة صباحاً من اليوم التالي)، وذلك اعتباراً من يوم الاثنين الموافق ٦ إبريل ٢٠٢٠ حتى إشعار آخر، انظر: القرار الوزاري الصادر من وزارة الصحة بتاريخ ٦ إبريل ٢٠٢٠، الذي يحمل رقم (٧٠) لسنة ٢٠٢٠، القرار منشور بمجلة كويت اليوم ملحق ٦ العدد ١٤٨٨ السنة السادسة والستون.

(١٠) بتاريخ ٨ مايو ٢٠٢٠ صدر قرار من مجلس وزراء الكويت بفرض حظر شامل للتجول في جميع أرجاء دولة الكويت، وذلك اعتباراً من يوم الأحد الموافق ١٠ مايو ٢٠٢٠ حتى يوم السبت الموافق ٣٠ مايو ٢٠٢٠، انظر: القرار الوزاري الصادر من وزارة الصحة، وهو يحمل رقم (٨٢) لسنة ٢٠٢٠، القرار منشور بمجلة كويت اليوم ملحق ٦ العدد ١٤٨٨ السنة السادسة والستون.

(١١) بتاريخ ٨ مارس ٢٠١٨ صدر قرار حظر تصدير كافة السلع والمنتجات الغذائية وكافة الأدوية والمستلزمات والمعدات الطبية بكافة أنواعها خارج البلاد إلا بموافقة خطية مسبقة من وزارة التجارة والصناعة، انظر: القرار الوزاري الصادر من وزارة التجارة والصناعة بتاريخ ١١ مارس ٢٠٢٠ وهو يحمل رقم (٦٨) لسنة ٢٠٢٠، القرار منشور بمجلة كويت اليوم، العدد ١٤٨٧ السنة السادسة والستون.

(١٢) بتاريخ ١٨ مارس ٢٠٢٠ صدر قرار بمنع الفنادق والمحلات والمنشآت التي تقوم بإعداد وتجهيز الحفلات والمناسبات والمهرجانات وحفلات الاستقبال بكافة أنواعها من القيام بأي =

الخاصة من مراكز طبية ومستوصفات وعيادات خاصة ومختبرات(١٣)، وإغلاق جميع الكافيهات بمختلف أنواعها(١٤)، وعزل بعض المناطق السكنية عزلاً كاملاً(١٥)، وإغلاق جميع المعارض والمجمعات التجارية والمحلات والأسواق المركزية(١٦).

= عمل من هذه الأعمال لأي من الأفراد أو الهيئات أو الجمعيات، ويشمل ذلك تجهيز البوفيهات والمأكولات والمشروبات أو أعمال الديكور والفرش وكافة ما يتعلق بتنظيم تلك الفعاليات، انظر: القرار الوزاري الصادر من وزارة التجارة والصناعة بتاريخ ١٨ مارس ٢٠٢٠، وهو يحمل رقم (٧٣) لسنة ٢٠٢٠، القرار منشور بمجلة كويت اليوم ملحق ٣ العدد ١٤٨٨ السنة السادسة والستون.

(١٣) بتاريخ ٢١ مارس ٢٠٢٠ صدر تعميم من وزارة الصحة بوقف العمل في كل المؤسسات العلاجية من مراكز طبية ومستوصفات وعيادات خاصة ومختبرات، فيما عدا المستشفيات الأهلية حتى إشعار آخر.

(١٤) بتاريخ ٢٨ مارس ٢٠٢٠ صدر قرار بغلق جميع الكافيهات بمختلف أنواعها في جميع الأسواق والمحلات التجارية ومنافذ التسوق ومحطات الوقود واستراحات الطرق السريعة وغيرها، على أن يقتصر تقديم خدماتها فقط عن طريق التوصيل من الساعة الخامسة صباحاً حتى الساعة الرابعة مساءً، انظر: القرار الإداري الصادر من بلدية الكويت بتاريخ ٢٨ مارس ٢٠٢٠، وهو يحمل رقم (٧٠٧) لسنة ٢٠٢٠، القرار منشور بمجلة كويت اليوم ملحق ٨ العدد ١٤٨٨ السنة السادسة والستون.

(١٥) بتاريخ ٦ إبريل ٢٠٢٠ صدر قرار بعزل منطقتين سكنيتين تقع إحداهما بمحافظة الأحمدي والأخرى بمحافظة الفروانية، وذلك بعدم السماح بالدخول إليهما أو الخروج منهما بأية وسيلة إلا لمن يصدر له ترخيص بذلك، وذلك اعتباراً من الساعة الخامسة يوم الاثنين الموافق ٦ إبريل ٢٠٢٠ وحتى إشعار آخر، انظر: القرار الوزاري الصادر من وزارة الصحة بعزل منطقة (المهبولة) بمحافظة (الأحمدي) بتاريخ ٦ إبريل ٢٠٢٠، وهو يحمل رقم (٧١) لسنة ٢٠٢٠، والقرار الوزاري الصادر من وزارة الصحة بعزل منطقة (جليب الشيوخ) بمحافظة (الفروانية) بتاريخ ٦ إبريل ٢٠٢٠، وهو يحمل رقم (٧٢) لسنة ٢٠٢٠، وبتاريخ ٢٨ مايو ٢٠٢٠ قرر مجلس الوزراء الكويتي باجتماعه استمرار عزل المهبولة وجليب الشيوخ وإضافة منطقة الفروانية وخيطان وحولي أيضاً.

(١٦) بتاريخ ١٥ إبريل ٢٠٢٠ صدر قرار إداري بإغلاق جميع المعارض والمجمعات التجارية والمحلات والأسواق المركزية أمام الجمهور والسماح بالبيع والشراء بالوسائل الإلكترونية، ويستثني القرار بعض المحلات التجارية، انظر: القرار الإداري الصادر من بلدية الكويت بتاريخ ١٥ إبريل ٢٠٢٠، وهو يحمل رقم (٧٠٣) لسنة ٢٠٢٠، القرار منشور بمجلة كويت اليوم ملحق ٨ العدد ١٤٨٨ السنة السادسة والستون. استثنى القرار بالمادة الثانية المحلات التالية: ١. الأسواق والمحلات الغذائية والتموينية بمختلف أنواعها وأنشطتها ٢. المصبغة والغسيل والكوي ٣. محلات التصليح والصيانة بكافة أنشطتها ٤. تصليح وصيانة السيارات وقطع الغيار بمختلف أنواعها ٥. محلات الصرافة ٦. الصيدليات ٧. المطاعم بمختلف أنواعها ٨. محلات النظارات ٩. المكاتب الإدارية ١٠. أفرع الغاز ١١. لوازم العائلة في الجمعيات التعاونية ١٢. محلات الأعلاف.

يتضح لنا هنا أن دولة الكويت اتخذت حزمة من القرارات الوقائية لمكافحة جائحة كورونا والحد من انتشارها، وهذه القرارات أثرت فعلياً في العلاقات التعاقدية بين الأفراد والمؤسسات بمختلف القطاعات والمجالات، سواء في الأنشطة الداخلية والمتعلقة كذلك بالتجارة الدولية. وقد أدت هذه القرارات الاحترازية بكل تأكيد إلى اختلال في توازن هذه العقود، مما سينتج عنه قضايا جديدة، حيث سيقوم المتعاقدون بالمطالبة بإعادة توازن العقد وتقرير من سوف يتحمل الضرر الناتج عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر بتنفيذه نتيجة هذه الجائحة، وما إذا كانت جائحة كورونا سوف تعفي أحد الأطراف من الالتزام نتيجة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أو القوة القاهرة لإعادة توازن العقد.

كثير من الإشكاليات القانونية الناتجة عن اختلال توازن العقود لا يحتمل التأخير في حسمها، وحيث إنه كما بيَّنا آنفاً قد تم تعطيل جلسات المحكمة تعطيلاً إدارياً منذ تاريخ ١٢ مارس ٢٠٢٠ حتى وقت كتابة هذا البحث، وبذلك لا يمكن للأفراد اللجوء إلى القضاء، ومن هنا لا بد أن يكون للتحكيم دور إيجابي بتمكين المتعاقدين من الالتجاء إليه لإعادة ترتيب توازن العقود وحسم أي نزاع نتج في ظل هذه الجائحة. والتحكيم عبارة عن نظام يقوم أساسه على اتفاق بين طرفين أو أكثر على إخراج نزاع من اختصاص القضاء العادي، بأن يُعهد به إلى هيئة تتكون من محكم أو أكثر، للفصل فيه بقضاء ملزم(١٧).

إن تحقيق رؤية أي نظام ونجاحه، وتحقيق أهدافه وبلوغ غاياته، يرتكز ابتداء على شمولية المفاهيم القانونية، ومراعاة الأسس، واحترام المبادئ والمرتكزات التي يقوم ويستند عليها، فعلى الرغم من أن نظام التحكيم قديم قدم البشرية، لكنه في تجدد وتطور مستمر، وفعلاً قد تطور في الآونة الأخيرة وازدهر في الجوانب النظرية والعملية إثرَ المبادرات الفقهية والحركات التشريعية المستمرة على مستوى العالم أجمع بهدف الارتقاء به، وضمان القيام بدوره الفعّال، وتحقيق غاياته المنشودة في حسم المنازعات.

وقد لعب التحكيم دوراً هاماً في تطوير الفكر القانوني في المجال الإجرائي، باعتبار أن فلسفة التحكيم تعتمد على سلطان الإرادة، فهي صاحبة السلطان الكامل في

---

(١٧) محمد أبو العينين، المبادئ القانونية التي يقوم عليها التحكيم في الدول العربية والإفريقية التي تبنت قانون الأونيسترال النموذجي، بحث في مجلة التحكيم العربي، العدد الأول، ١٩٩٩، ص٨.

الاتفاق على العقد وعلى مضمونه وتحديد آثاره، وترتكز على حرية الأطراف باعتبارها الحجر الأساسي للمنظومة التحكيمية، ولذلك يعتبر اتفاق التحكيم بمثابة الدستور للأطراف، وهو المصدر الرئيسي الذي تستمد منه محكمة التحكيم سلطتها[١٨]، بل هو الشريعة الحاكمة للدعوى التحكيمية برمتها. وتعتبر إرادة الأطراف في التحكيم مظهراً من مظاهر الحرية لمواجهة المعوقات، والابتعاد عن كل التعقيدات والتقييدات الشكلية التي تعرقل سير إجراءات حسم المنازعات وتشل من فعاليتها.

وقد تم تعزيز الإطار القانوني للتحكيم في التحديثات التشريعية بشكل متكامل وبجانب مبدأ سلطان الإرادة في أغلب دول العالم، لضمان فعاليته، وتقوية دوره، وذلك بتكريس بعض المفاهيم الإجرائية والمبادئ القانونية التي جعلته الوسيلة المفضلة لحسم المنازعات لكونه وليد الإرادة، فهو يتجاوب مع مصالح الخصوم، ويحقق لهم عدالة ناجزة لقدرته على التكّيف في كل الظروف والأزمات والتعايش مع الأحداث والمستجدات[١٩].

ولذلك يجب أن تترجم إرادة الأطراف التي تستهدف تفادي الصعوبات والعقبات إلى واقع عملي لتحقيق أقصى درجات الفعالية للتحكيم لضمان استمراره والقيام بمهامه، وخصوصاً عندما تتعقد الأمور وتتغير الأحوال، وتحدث الأزمات. ومن هنا، يمكننا القول، بأن الدور المحوري للمنظومة التحكيمية في ظل جائحة كورونا، يقتضي أن نعزز من فعاليتها بحيث تستمر بأداء مهامها، وتقوم بأدوارها، لكي تؤثر ولا تتأثر.

ولكن رغم الجهود المبذولة لمواجهة آثار هذه الجائحة، واستمرار العمل في القطاعات المهمة في الدولة، إلا أن هذه الدراسة سوف تبين أن نظام التحكيم لم يأخذ قدره المطلوب، وبالتالي تأثر وتوقف بعد قرار تعطيل المرفق القضائي بدولة الكويت، وذلك بسبب عدم وجود الوعي الكافي لأهمية استخدام الوسائل الإلكترونية لضمان استمرارية التحكيم، وهذا في الحقيقة، يعتبر خلافاً لغاية التحكيم، ومتناقضاً مع فلسفته القائم عليها، ولذلك فقد دفعتنا هذه الأزمة لأخذ العبرة والدروس للمضي نحو

---

(١٨) وكما استقر في قضاء محكمة التمييز على أن (التحكيم هو عمل قضائي ذو طبيعة خاصة، لا يستمد المحكم فيه ولايته من القانون كما هو الشأن بالنسبة للقضاة في المحاكم، وإنما يستمد ولايته من اتفاق الخصوم على اللجوء إلى التحكيم).
(طعن التمييز رقم ١٩٩٠/٣٤ تجاري، جلسة ١٩٩١/١٢/٩.

(١٩) حمزة التري، تطوير قواعد التحكيم بالمغرب، رهين باجتهاد قضائي إبداعي، بحث منشور في مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، المغرب ديسمبر ٢٠١٧، موجود على موقع https://www.droitetentreprise.com/?p=10877#_ftnref.

معالجات وقتية وجذرية لنظام التحكيم في دولة الكويت عن طريق البحث عن إمكانية إدخال الوسائل الإلكترونية لنظام التحكيم في التشريعات الحالية، والبحث أيضاً عن معالجة تشريعية شاملة تعتني بتنظيم أحكام وقواعد التحكيم الإلكتروني.

وعليه فإن هذه الدراسة تهدف إلى تقديم مجموعة من الاقتراحات والحلول لضمان استمرارية التحكيم في ظل الظروف الحالية، ودعمه ليقوم بمهامه وأداء دوره في حسم منازعات الأطراف سواء الداخلية أو الدولية، آخذين بعين الاعتبار أن مهمة حسم المنازعات ضرورة ومصلحة شرعية ووطنية لا يمكن إيقافها أو تعطيلها.

وبناء على ما سبق فقد تطرقنا في هذه الدراسة إلى أهمية ووجوب عدم تأثر التحكيم سلباً في ظل هذه الأزمة، إضافة إلى ضرورة أن يكون للتحكيم دور إيجابي ومميز بحكم طبيعته وفلسفته الخاصة، ومن ثم استعرضنا المعوقات والإشكاليات التي تعرضت لها المنظومة التحكيمية، ووضعنا مجموعة من الحلول والاقتراحات لمعالجة الوضع الحالي، والتي تصب في تحقيق هذا الهدف وهو ضمان استمرار نظام التحكيم وعدم تعطله، وذهبنا أبعد من ذلك إلى ضرورة الاستفادة من هذه الأزمة واقتناص الفرصة لإدخال تعديلات تشريعية جوهرية تضمن في المستقبل عدم المساس بهذه المنظومة بتعطيلها أو تأخيرها عن تحقيق أهدافها، وذلك عن طريق تبني نظام التحكيم الإلكتروني، واستعرضنا أهميته ومزاياه في هذه الأزمة، وتطرقنا لمجموعة من التحديات التي تواجهه، وضرورة التصدي لها، وتقديم مجموعة من الاقتراحات لتعزيز فعاليته بشكل متكامل.

إشكالية البحث:

إشكالية البحث تتمحور حول بيان كيفية تفعيل نظام التحكيم لاستمراره بأداء دوره المأمول في ظل الجائحة بشكل خاص، والحوادث والكوارث بشكل عام من توفير الوقت وتحقيق السرعة والمرونة في الإجراءات، وضمان الخصوصية والثقة، والتكلفة الأقل عند الفصل بالنزاعات. سوف يتبين لنا من خلال هذا البحث بأن التحكيم في دولة الكويت قد تعطل نتيجة لعدم جاهزيته للتعامل مع الوسائل الإلكترونية، وبذلك تكمن الإشكالية بكيفية التوفيق بين أن الأطراف قد لجؤوا إلى التحكيم بهدف الحد من المعوقات والإشكاليات وتذليل الصعاب، ومن ثم يتفاجؤون بأن التحكيم أصبح عاجزاً أمامهم عن أن يقوم بمهامه وأداء دوره المنشود.

وعليه فسوف نسلط الضوء في هذه الدراسة على أهمية إدخال المعاملات الإلكترونية على نظام التحكيم؛ وذلك لضمان استمراريته وزيادة فعاليته والقيام بدوره

لتحقيق غاياته المنشودة، كي يجد التحكيم نفسه في مكانه اللائق به كوسيلة مفضلة لحسم المنازعات بين الأطراف.

منهجية البحث:

تصبو هذه الدراسة إلى تحليل العوامل والظروف والمستجدات التي أثرت في المنظومة التحكيمية، فالتحدي الأساسي يكمن في وضع رؤية لحلول جزئية لمعالجة الإشكاليات ووضع حلول جذرية كلية لضمان استمرارها ليتوافق ذلك ويتناسب مع فلسفة التحكيم وغاياته، وبذلك سوف تتبع هذه الدراسة المنهج التحليلي النقدي لنصوص مواد التحكيم الواردة بقانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم (٣٨) لسنة ١٩٨٠، بالإضافة إلى النظم الأساسية لبعض مراكز التحكيم المحلية والدولية، وسوف تتم أيضاً الإشارة إلى نصوص الاتفاقيات الدولية المتعلقة بهذا الشأن.

خطة البحث:

في ضوء ما تقدم سوف نقسم هذه الدراسة إلى مبحثين كالآتي:

المبحث الأول: المنظومة التحكيمية في ظل جائحة كورونا: ثبات في الأساس وفعالية في الأداء

المطلب الأول: جائحة كورونا أبرزت الملامح الحديثة لفعّالية التحكيم بأنه يؤثر ولا يتأثر

الفرع الأول: أساس التحكيم وفلسفته بإعلائه لمبدأ سلطان الإرادة

الفرع الثاني: مزايا التحكيم وخصائصه التي تسوغ ضرورة استمراريته

الفرع الثالث: المبادئ التي كرستها الأحكام القضائية وعززتها في مسيرة التحكيم الإجرائية

المطلب الثاني: مدى تأثير جائحة كورونا في انعقاد التحكيم الدولي والداخلي واستمرار إجراءاته

الفرع الأول: مظاهر تأثير جائحة كورونا على مؤسسات ومراكز التحكيم

الفرع الثاني: آثار جائحة كورونا على مؤسسات ومراكز التحكيم.

المبحث الثاني: الواقع والمأمول للمنظومة التحكيمية في ظل جائحة كورونا

المطلب الأول: عرض الإشكالية وإلقاء الضوء على المعالجات الجزئية

الفرع الأول: إشكاليات ومعالجات تتعلق باستخدام الوسائل الإلكترونية

الفرع الثاني: إشكاليات ومعالجات تتعلق بتعطل القضاء

الفرع الثالث: إشكاليات ومعالجات تتعلق بالسلطة التقديرية للمحكم

المطلب الثاني: الآفاق التطويرية لبناء منظومة تحكيمية أكثر فعالية وقدرة على مواجهة الأزمات

الفرع الأول: أسس فعالية المنظومة التحكيمية الإلكترونية وفلسفتها الخاصة في حسم المنازعات

الفرع الثاني: الإشكاليات التي تعترض التحكيم الإلكتروني وآليات التصدي لها وضمان تفعيله

المبحث الأول
المنظومة التحكيمية في ظل جائحة كورونا: ثبات في الأساس وفعالية في الأداء

نتساءل في ظل هذه الجائحة عن مدى تأثير جائحة فيروس كورونا على المنظومة التحكيمية، هل أثر فعلاً في فعاليتها؟ وهل تسّبب بعرقلة اللجوء إليها واستمرارها؟ وما هي أبرز المعوقات التي واجهتها؟ وما هي أسبابها؟ للإجابة عن هذه التساؤلات، يلزم في البداية، أن نتطرق لفهم الفلسفة التي تقوم عليها المنظومة التحكيمية، ونستعرض بعض مفاهيمها الأساسية ومرتكزاتها التي تستند عليها في مسيرتها حتى تحقيق غاياتها، ومن بعدها يتبيّن لنا قوة التحكيم وفعاليته في ظل هذه الجائحة، ومدى قدرته على التصدي لهذه الأزمة والتكيّف معها، وما تأثيره الإيجابي ودوره المأمول والمرتقب وخصوصاً في ظل تعطل القضاء، وكيف يمكنه أن يلعب الدور المنوط به، ومن هنا نستطيع القول بأن المنظومة التحكيمية يجب أن تؤثر إيجاباً ولا تتأثر سلباً، وأن تستمر في إجراءاتها - رغم المعوقات - دون عرقلة أو تعطيل.

المطلب الأول
جائحة كورونا أبرزت الملامح الحديثة لفعّالية التحكيم بأنه يؤثر ولا يتأثر

بما أن المنظومة التحكيمية اليوم قد اكتملت بوضوح أهدافها، وقوة أساسها، وثبات مبادئها، وتنظيم قواعدها، فلا يمكننا القول إلا بحتمية استمراريتها أمام هذه الجائحة، وأن يكون لها الدور الإيجابي والفعّال، ولا يمكن تسويغ أي تعطيل أو شل لفعاليتها، ونبرهن على ذلك باعتباره أمراً طبيعياً، ومقتضى حتمياً من خلال ثلاثة جوانب، وعليه ينقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع نتناول فيها: أساس التحكيم وفلسفته بإعلائه لمبدأ سلطان الإرادة، ومزايا التحكيم التي تسوغ ضرورة استمراريته، وأخيراً مبادئه التي تعزز فعاليته وتضمن استمراريته أمام العوائق والصعوبات.

الفرع الأول
أساس التحكيم وفلسفته بإعلائه لمبدأ سلطان الإرادة

قيل إذا كان القضاء سلطة فالتحكيم ثقة[٢٠]، وذلك لأن أساس التحكيم هو إرادة الأطراف[٢١]، فالتحكيم فكرة نابعة من مبدأ سلطان الإرادة لدى الأفراد باختيار تسوية نزاعاتهم عن طريق اللجوء إلى التحكيم بدلاً من القضاء[٢٢]، وهو يعدّ قلب وقالب العملية التحكيمية[٢٣]، ويكشف عن رغبة الأطراف في جديتهم بسرعة حسم منازعاتهم بأيسر الطرق والإجراءات مع الضمانات القانونية لعدم تعرضه لما يعرقله ويشل فعاليته.

ويعتبر هذا الاتفاق هو الأساس القانوني للتحكيم ودستوره الذي يحكمه[٢٤]. فاتفاق التحكيم لا ينعقد إلا بتوافر رضا أطرافه؛ لأنه عقد رضائي يستلزم أن يكون هناك إيجاب يقابله قبول من الطرف الآخر[٢٥]، ويهدف هذا الاتفاق إلى "إقامة العدل بين طرفي الخصومة، فإنه يستهدف كذلك، وبذات الدرجة، الحفاظ على السلام بينهما، ذلك لأن الالتجاء إلى التحكيم يراد به الحصول على حل للنزاع مع الرغبة في المصالحة، وهو يتفادى بذلك (الثأر الخاص) دون أن يتضمن – كما يرى البعض – التنازل عن حماية القانون، وإن تضمن التنازل عن اختصاص قاضي الدولة بفض

---

(٢٠) عبد الحميد الأحدب، التحكيم في البلدان العربية، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٨، ص ١١.

(٢١) فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علماً وعملاً، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، ٢٠١٤، ص٤١.

(٢٢) Anna Mantakou, 'General Principles of Law and International Arbitration' (2005) 58 RHDI 419, p 421.

(٢٣) M. Foelix: Traité de droit international privé ou du conflit des lois des différentes nations en matière de droit privé, Paris, t.2,3 ème éd., 1856, No 424 p. 185 et ss. A.Weill: Les sentences arbitrales en Droit international prive, Thèse Paris, 1906, p. 44 et ss. F.E.Klein: Considérations sur l'arbitrage en Droit international privé, Bâle, 1955, p. 203 et ss.

(٢٤) عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، الطبعة الثانية، مؤسسة دار الكتب، ٢٠١٢، ص ٦١.

(٢٥) عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص٦١، وانظر أيضاً: عمر فلاح العطين وريزان حمود، اتفاق التحكيم الدولي في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية – تامنغست – الجزائر، العدد ٨ يونيو ٢٠١٥ ص١٣.

المنازعة"[٢٦]. فنظراً للطابع الاتفاقي للتحكيم، فإنه يقتضي حتماً احترام تلك الإرادة التي تتطلع إلى استثمار كل ما يتمتع به نظام التحكيم من أسس ومفاهيم تخوله أن يستمر رغم الصعوبات، ولذلك لا يجوز مخالفة إرادة الأطراف وما ترنو إليه في التحكيم بشل فعاليته ووقف إجراءاته حتى في الظروف الصعبة التي تمر بها البلاد بسبب الجائحة؛ لأن ذلك يتناقض مع فلسفته وأساسه، من أجل هذا يستوجب لضمان استمرارية هذا النظام، احترام المرتكزات الأساسية للتحكيم ورغبة الأطراف في حسم المنازعات دون تأخير أو تعطيل، وعليه فإن للأفراد الاستفادة من نظام التحكيم لتسوية منازعاتهم خلال جائحة كورونا حتى وإن لم يتفقوا على شرط التحكيم خلال تعاقدهم، وذلك لأن اتفاق التحكيم يمكن أن يتخذ على شكل شرط التحكيم ومشارطة تحكيم، فشرط التحكيم يكون على شكل بند يُدرج بعقد معين يقرر الالتجاء إلى التحكيم لحل النزاع الذي ينشأ مستقبلاً بين الأطراف بخصوص تنفيذ هذا العقد، لذلك قد يطلق على شرط التحكيم "بالعقد داخل عقد"[٢٧]، أما مشارطة تحكيم فهي اتفاق بين الخصوم على اللجوء إلى التحكيم لحل نزاع قائم فعلاً نتيجة تنفيذ عقد معين[٢٨]. فإذا حصل نزاع بين الأفراد في ظل جائحة كورونا ولم يكن هناك شرط تحكيم فهنا يمكن للأطراف الاتفاق على مشارطة تحكيم، ومن ثم اللجوء إلى التحكيم لحسم النزاع، وخاصة لأن جلسات المحاكم معطلة كما بينا سابقاً. وحتى وإن كان هناك نزاع منظور أمام القضاء وقد حدثت الجائحة قبل صدور الحكم، فيمكن للخصوم في هذه الحالة ولتفادي الأضرار الناتجة من إيقاف جلسات المحاكم الاتفاق على مشارطة تحكيم لحسم منازعتهم، وهذا الأمر مقرر ومسموح به في جل التشريعات القانونية[٢٩]، وهو بلا شك يعطي للتحكيم الدور الإيجابي والفعالية الكبيرة ليحل محل القضاء لاستمرارية القضية وحسم النزاع بين الطرفين.

(٢٦) أبو زيد رضوان، الضوابط العامة للتحكيم التجاري الدولي . القسم الأول، بحث منشور بمجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، العدد ٢، السنة الأولى، ١٩٧٧، ص٢٨.

(٢٧) محمود عبد الرحيم الديب، الطبيعة القانونية للاتفاق التحكيم، دراسة مقارنة، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، العدد ٢٣، السنة ٢١، ٢٠٠٣، ص٣٥٣. وانظر أيضاً: خالد قاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢.

(٢٨) عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص٦٢، وانظر أيضاً: محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص٣٥٢.

(٢٩) جعفر المعاني، التحكيم الإلكتروني ودور القضاء الوطني بتفعيله، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٤، ص٧٢.

إضافة إلى ذلك، فقد بينا سابقاً أن التحكيم عبارة عن عقد، ومما استقر عليه الفقه القانوني أن كل ما هو تعاقدي يكون عادلاً(٣٠)، وذلك لأن جوهر الإرادة الحرة للإنسان والحق الذي يتأتى عن طريقه ما هو إلا تعبير عن استقلال الكائن الإنساني(٣١)، كما أن الاتفاق ذاته لا قيمة قانونية أو أدبية له إلا باعتباره تعبيراً عن الحرية والتراضي(٣٢)، ومن التراضي يستمد الاتفاق قوته الملزمة(٣٣)، وباعتبار أن التحكيم هو عقد، فيستلزم اتفاق الأطراف وموافقتهم على اللجوء إليه(٣٤) والتزامهم به وبحسن نية لكي يرتب آثاره كنظام قانوني يرتكز بشكل أساسي على سلطان الإرادة وحرية الأطراف، بحيث لا تفرض عليهم قواعد واجبة الاتباع في إجراءات حسم النزاعات، وإنما يترك لهم كامل الحرية في تنظيم كل ما يؤدي إلى حسم النزاع فعلاً وبأسرع وقت وبمرونة وبأقل كلفة.

وأخيراً فإن عقد التحكيم ما وجد إلا ليفصل في نزاع نتج عن عقد آخر قد أبرمه الأطراف، ولطبيعة هذا العقد عن باقي العقود من حيث الهدف والموضوع نجد أن هذا العقد يجب ألا يتأثر في ظل جائحة كورونا كما تأثرت باقي العقود في اختلال التوازن بين المتعاقدين نتيجة صعوبة أو استحالة تنفيذ بعض الالتزامات جراء الإجراءات الاحترازية التي اتخذتها دولة الكويت وبقية دول العالم، ولكن بالعكس تماماً، فموضوع عقد التحكيم هو حل النزاعات بين الأطراف؛ لذلك يجب أن لا يُوقف ولا يتأثر خلال الأزمة لضمان استمراريته وتحقيق هدفه، وليكون له دور إيجابي بإعادة توازن العقود وترتيب الالتزامات وحسم النزاعات التي طرأت على العلاقات العقدية نتيجة ما أحدثته هذه الجائحة بشتى أنواع العقود على الصعيد المحلي والدولي.

الفرع الثاني
يتمتع التحكيم بمزايا وخصائص فريدة تحتم وتسوغ ضرورة استمراريته

نظام التحكيم يستهدف بالأساس، التحول من نظام تقاضٍ إلى نظام اتفاقي، ومن

---

(٣٠) A.Fouillee: La science sociale contemporaine, Paris, 1880, P. 410

(٣١) Ch. Baudant: Le droit individuel et l'Etat, introduction à l'étude du droit, Paris 1891, P.146 et ss.

(٣٢) C. Demolombe: Cours de code Napoleon, t. XXIV (14), No 200 P.48-484.

(٣٣) E. Acola: Philosophie de la science politique, Paris, 1877, P. 104.

(٣٤) F. Dely, B. Hanotiau, G. Keutgen, D. Matray, G. Matray et E. Wymeersch, Arbitrageovereenkomst vennootschapsgroepen en groepen overeenkomsten [La convention darbitrage, groupes de sociétés et groupes de contrats] Actes du colloque du CEPANI, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 31.

التعقيد إلى التبسيط، ومن الصلابة إلى المرونة ومن التقييد إلى السلاسة، فهو ببساطة عبارة عن اتفاق بين طرفين أو أكثر على عرض النزاع على شخص مختص (يطلق عليه محكم) يثقون به، يستمع إليهم ويدرس الوقائع والحقائق والحجج ومن ثم يتخذ قراراً تحكيمياً، وهذا القرار يكون نهائياً وملزماً للطرفين[٣٥].

ولذلك يتفق الأطراف على عدم طرح منازعاتهم على القضاء، باعتباره مصدراً لكثير من الإشكاليات الإدارية والعوائق القانونية[٣٦]، إضافة إلى قدرة التحكيم في القضاء على المماطلة المرهقة التي تتعارض مع فلسفة التحكيم لكونه يحقق العدالة الناجزة من خلال السرعة في حسم المنازعات، وتوفيراً للوقت واقتصاداً للمصروفات[٣٧]، وباعتباره أيضاً أداة للثقة والاطمئنان، وبالنهاية تكون التسوية ملزمة للجميع وتتمتع بحجية الأمر المقضي[٣٨].

تعتبر مرونة التحكيم من أبرز المزايا التي تضمن استمراريته أمام جائحة كورونا، باعتباره نظاماً غير جامد، ولأنه قادر على التكيّف والتأقلم مع جميع الظروف والتغيرات، بسبب تحرره من الشكليات، وتجنبه للتعقيدات، بما يسمح لإرادة الأطراف التي تعتبر مركز قوة التحكيم[٣٩]، بتكييف الإجراءات ووضع الآليات حسب احتياجاتهم وظروفهم[٤٠]، بعيداً عن صرامة المؤسسات القضائية والقوانين الوطنية التي تضع نصب عينيها تغليب النص على الأخذ بروح العدالة[٤١]، وإعطاء محكمة التحكيم هامشاً من الحرية لتبسيط الإجراءات على عكس القضاء فيما يتعلق بالجوانب الإجرائية، كالإعلانات، وتنظيم الجلسات وإدارتها، وآلية إبداء الدفاع وتقديم المستندات والأدلة، وطريقة سماع الشهود، وكيفية التواصل مع الأطراف، ولا تتقيد بأيام العطل

(٣٥) Martin Hunter, Redfern and Hunter on International Arbitration (OUP 2009) 315.

(٣٦) محمود البريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٧، ص٩.

(٣٧) وجدي راغب، مفهوم التحكيم وطبيعته، دورة تدريبية في التحكيم، كلية الحقوق، جامعة الكويت١٩٩٢،-١٩٩٣ ص٢٢.

(٣٨) أحمد سلامة، التحكيم والنظم الودية لتسوية منازعات الملكية الفكرية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠١٧، ص٢٠١.

(٣٩) Philippe Fouchard, Larbitrage commercial international, 1965, p461.

(٤٠) أحمد هندي، التحكيم دراسة إجرائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠١٣، ص٢٠.

(٤١) مهند الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٥، ص١.

وأوقات العمل الرسمية كما هو معمول به في القضاء الوطني، ومن هنا كان التحكيم الأداة الفنية والقانونية الأفضل لسد النقص والقصور في المنظومة التشريعية، وتقديم الحلول المناسبة لعدم كفاية القوانين وعجزها، ولذلك يعتبر ضمان استمراره مهماً جداً لتحقيق أهدافه وغاياته.

تتيح معظم تشريعات التحكيم الوطنية وقواعد مؤسسات التحكيم للأطراف حرية تحديد القواعد الإجرائية لعملية التحكيم(٤٢). وقد تبنى المشرع الكويتي ذلك بصراحة الفقرة الأولى في نص المادة ١٨٢ من قانون المرافعات والتي تنص على أن: "يصدر المحكم حكمه غير مقيد بإجراءات المرافعات عدا ما نص عليه هذا الباب، ومع ذلك يجوز للخصوم الاتفاق على إجراءات معينة يسير عليها المحكم". هذه المرونة بإجراءات التحكيم غير المتاحة للأطراف بالتقاضي تجعل للتحكيم دوراً إيجابياً خلال جائحة كورونا؛ وذلك لأنه يمكن للأطراف خلال الجائحة الاتفاق على مكان وزمان عقد الجلسات وطريقة تقديم الدفاع وتبادل المذكرات ومدة الفصل بالنزاع بما يتناسب مع الإجراءات الاحترازية التي اتخذتها دولة الكويت للحد من جائحة كورونا. أما بالقضاء فيصعب ويستحيل تحقق هذا الأمر؛ وذلك لأنه ليس للأطراف الاتفاق على خلاف القواعد الإجرائية الخاصة بالتقاضي، وأيضاً كما ذكرنا فإنه قد تم تعطيل جلسات المحاكم بدولة الكويت منذ تاريخ ١٢ مارس ٢٠٢٠ حتى وقت كتابة هذا البحث مما يستحيل على الأطراف اللجوء إلى قضاء الدولة خلال هذه الفترة.

ومن مميزات وخصائص التحكيم أيضاً أن حكم التحكيم نهائي وملزم، بخلاف معظم النظم القضائية الوطنية التي لا يمكن أن تكون أحكامها نهائية إلا بعد حكم الاستئناف(٤٣)، فنهائية حكم التحكيم وإلزاميته تؤديان إلى سرعة الفصل بالنزاع، وهذا الأمر له دور إيجابي للتحكيم خلال الجائحة، وذلك لكثرة النزاعات التي نتجت بسببها،

---

(٤٢) AAA ICDR Rules art 16(1); ICC Rules art 15; LCIA art 14(2); NAI Arbitration Rules art 23(2); UNCITRAL Arbitration Rules art 15(1); WIPO Arbitration Rules art 38(a); National legislation: English Arbitration Act 1996 S 34(1); Belgium, Judicial Code art 1693; Germany, ZPO s 1042; Italy, CCP art 816; Netherlands, CCP art 1036; Sweden, Arbitration Act s 21; Switzerland, PIL art 182; Model Law art 19; Lew and others (n 57) 6.

(٤٣) انظر: المادة ١٨٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، وانظر أيضاً: عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، وانظر أيضاً: عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية، ٢٠١٢، ص٢٠.
Julian DM Lew, Mistelis A Loukas and Stefan Kr?ll, Comparative International Commercial Arbitration (Kluwer Law International 2003) 7.

فكثير من هذه النزاعات بحاجة إلى سرعة حسمها والفصل فيها، باعتبار أن معظمها كانت في ظروف استثنائية غير مسبوقة نشأت بسبب الإجراءات الاحترازية التي اتخذتها دولة الكويت وبقية دول العالم، وعليه فإن التراخي بالفصل في هذه المنازعات يمكن أن يجعل إثبات تلك الظروف صعباً على الأطراف بعكس ما هو خلال الجائحة.

وأخيراً، فمن خصائص التحكيم التي تستوجب استمراريته في ظل الظروف الاستثنائية أن المحكم لا يباشر وظيفة عامة، فعلى الرغم من وجود النظرية القضائية لأعمال المحكم ووصف المحكم بأنه قاضٍ، إلا أنه لا يمكن القول بأن المحكم يباشر وظيفة عامة، فالمحكم لا يؤدي أي وظيفة عامة، إنما هو فرد عادي سمح له القانون بأن يباشر وظيفة القضاء بشكل مؤقت، وقد أطلق الفقه على المحكم مجازاً "القاضي بالصدفة"(٤٤). وبما أن المحكم ليس موظفاً عاماً فيجب إذن ألا يتأثر بالإجراءات الاحترازية الخاصة بتعطيل مؤسسات الدولة ومن ضمنها المحاكم، فعمل المحكم عمل خاص وليس عاماً. إن هذه الخاصية تجعل للتحكيم دوراً إيجابياً خلال هذه الأزمة بإعادة توازن العقود وحسم المنازعات باعتبار أن المحكم غير ملزم بالتوقف عن ممارسة عمله في حال وجود وسائل تضمن استمراره، وذلك على عكس القاضي الذي يباشر وظيفة عامة ومن ثم يستلزم عليه التوقف عن مباشرة العمل.

ومن هنا نستطيع القول، بأن خصائص ومزايا عقد التحكيم تستوجب عدم تأثره سلباً في ظل جائحة كورونا باعتباره ليس كبقية العقود الأخرى، بل على العكس، يجب أن يكون له الدور الإيجابي والفعّال للقيام بمهمة الفصل في المنازعات لإعادة توازن العقود وترتيب الالتزامات، وذلك بدلاً من القضاء المعطّل خلال هذه الفترة.

الفرع الثالث

دور المبادئ التحكيمية في ضمان الاستمرارية

استقرت مبادئ تحكيمية تهدف إلى زيادة فعالية المنظومة التحكمية وسلامة إجراءاتها وسرعتها(٤٥)، نستعرض هنا مبدأين منها:

الأول يتعلق بمبدأ استقلالية شرط التحكيم، والثاني مرتبط بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، باعتبارهما من أهم المبادئ التحكيمية التي تستهدف فكرة ضمان

(٤٤) عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ٤٠.

(٤٥) أحمد مليجي، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الأولى، ١٩٩٦، ص٥.

الاستمرارية للمنظومة التحكيمية دون أن تتأثر بسبب أي عائق أو إشكالية تشل فاعليتها وتعرقل مسيرتها.

أولاً – مبدأ استقلالية شرط التحكيم:

يقرر هذا المبدأ صحة شرط التحكيم بغض النظر عن العقد الأصلي، وهو في الحقيقة، ليس مقصوداً لذاته، وإنما لما يحققه من نتائج في غاية الأهمية كتجسيده لفكرة ضمان استمرارية التحكيم، والاقتصاد في الوقت والإجراءات، وتحقيق السرعة في حسم المنازعات، ويعمل أيضاً على تفادي التحكيم لأي معوقات تواجهه بهذا الخصوص، حيث إن ارتباط شرط التحكيم بالعقد الأصلي، يترتب عليه نتائج خطيرة في حال كان العقد الأصلي باطلاً، وهي عدم إمكانية استمرار السير في إجراءات التحكيم ووقفها لبطلان شرط التحكيم بارتباطه بالعقد الأساسي، ومن ثم يستلزم تدخل القضاء[٤٦]، ولذلك فإن تكريس هذا المبدأ المهم، يجعل التحكيم في موضع الاستقرار لحتمية الاستمرار، وعليه، فإن شرط التحكيم يعتبر اتفاقاً صحيحاً وفعّالاً، ولا يخضع لمؤثرات العقد الأصلي ولا للقوانين التي من شأنها أن تتسبب في عدم صحته أو بطلانه[٤٧].

ثانياً – مبدأ الاختصاص بالاختصاص:

مضمون هذا المبدأ، يتمثل في صلاحية محكمة التحكيم في النظر لكل الدفوع المتعلقة باختصاصها، كالدفع بعدم الاختصاص لبطلان العقد الأصلي أو شرط التحكيم أو عدم وجوده، ويعتبر من المبادئ المهمة، وأحد مظاهر تطور وتقدم نظام التحكيم[٤٨]. وله دور فعال وأثر إيجابي في خدمة المنظومة التحكيمية وتعزيز فعاليتها، فهو ضمانة حقيقية لاستقلاليتها، وضمان استمرارها أمام العوائق والصعوبات التي تتعرض لها، ويدعم هذا المبدأ مبررات قانونية وعملية[٤٩]، فهو يعمل

(٤٦) حسن أمرير، دور التحكيم التجاري الدولي في تسوية المنازعات التجارية، المغرب نموذجاً، رسالة دكتوراه، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سلا، ٢٠١٤،ص١٦٥.

(٤٧) محمد بداع، دراسة قانونية تناقش مبدأ استقلال شرط التحكيم، ٢ مايو ٢٠١٨، بحث منشور، https://www.mohamah.net/law/

(٤٨) Magali Boucaron-Nardetto, Le principe compétence-compétence en droit de larbitrage thèse du doctorat en droit, Universite Nice Sophia Antipolis, 2011.

(٤٩) أحمد سلامة، التحكيم والنظم الودية لتسوية منازعات الملكية الفكرية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠١٧، ص٢٨٥.

على منع وسد طرق الغش والتحايل تجاه الطرف السيئ النية الراغب في تعطيل إجراءات عملية التحكيم، ويكرس فكرة ضرورة استمرارية التحكيم وتفادي عرقلته وتعطيله، وهذا بلا شك يعزز من فعالية التحكيم بسرعة حسم المنازعات وعدم توقفه، وعندها يتوافق مع فلسفته، ويحوز على ثقة الأطراف به، وتفضيلهم له، كأفضل وسيلة لحسم منازعاتهم، ومن ثم تتحقق أهداف التحكيم وغاياته.

وعليه فإن ضمان استمرار التحكيم في جائحة كورونا أمر ضروري وحاجة ملحة، خصوصاً في ظل غياب القضاء، بحكم أن التحكيم يعتبر قضاءً خاصاً[(٥٠)]، وفلسفة القضاء تستهدف تحقيق الأمن في المجتمع، واستقرار المعاملات وتحقيق العدل، ولذا يمكنه أن يلعب الآن دوراً كبيراً بإعادة التوازن في العقود وترتيب الالتزامات بين الأطراف عن طريق وظيفته بحسم المنازعات، وهي من أهم وأشرف المهام وأعلاها قدراً، وأعظمها شأناً، وأجلها خطراً، وأشرفها ذكراً، وأعزها مكاناً، فهي الحصن الحصين للحقوق، والملاذ الأمين للحريات، والتحكيم اليوم يحمي العدالة ويمثل أمناً قانونياً، اجتماعياً واقتصادياً، والعدالة من أهم القيم والمبادئ التي تقوم عليها المجتمعات، والتحكيم في ظل هذه الأزمة يعتبر ميزان العدل، وبالعدل تصان القيم، والقيم هي غاية القانون، واحترام مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم هو أرقى القيم فبه تسمو المبادئ والأخلاق، وتستقر الطمأنينة في النفوس، ولذلك لا يجوز مخالفة إرادة الأطراف وما ترنو إليه في التحكيم بشل فعاليته ووقف إجراءاته حتى في الظروف الاستثنائية التي تمر بها البلاد بسبب الوباء؛ لأن ذلك يتناقض مع فلسفته وأساسه الذي يقوم عليه، ولذلك يستوجب لضمان استمرارية هذا النظام، المحافظة أولاً، على احترام المرتكزات الأساسية التي يستند عليها التحكيم ومراعاتها، وتتجسد برغبة الأطراف في حسم المنازعات دون تأخير أو تعطيل، إذ أضحى الرهان عليه اليوم قوياً بغية توفير المناخ القانوني الملائم والمناسب والمرن والقادر على الاستجابة لتلبية جميع الاحتياجات وعلى التكيّف والتأقلم مع كل الظروف والمستجدات والتصدي لكل المعوقات والعقبات؛ تحقيقاً للمصالح القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وكل ذلك بلا شك يتطلب بذل الجهود لتطوير قواعد نظام التحكيم وإجراءاته لزيادة فعاليته، وتعزيز الضمانات القانونية والإدارية لاستمراره وتحقيق أهدافه وغاياته.

---

(٥٠) Ph. Fouchard, E.Gaillard, B.Goldman, Traité de I,arbitrage commercial international. Litec.1996, p.11, no.7.

وفي النهاية، ينبغي الإشارة إلى أن فكرة (العقد شريعة المتعاقدين) ترتكز على ثلاثة أسس: الأول قانوني، وأساسه مبدأ سلطان الإرادة. والثاني أخلاقي، ويتمثل في وجوب احترام العهود والمواثيق. والثالث ذو طابع اجتماعي واقتصادي، وهو وجوب استقرار المعاملات وإنهاء النزاعات. وهي فكرة توجب احترام العقد، سواء من جانب الأطراف أو من جانب هيئة التحكيم، وتستلزم التعاون المستمر بين الأطراف لضمان استمرار العقود وتنفيذها. ومن مقتضيات حسن النية ألا يتعسف أحد الأطراف في عرقلة تنفيذ العقد، وقد أشادت الشريعة الإسلامية بضرورة تنفيذ الالتزامات بحسن نية، بأن يقوم كل طرف بأداء التزامه بكل صدق وأمانة وتعاون وإخلاص، وذلك بحسب طبيعة الالتزام، ومن مقاصد الشريعة الإسلامية سرعة حسم المنازعات ومنع استمرارها وتأبيدها، ولذلك حبذت نظام التحكيم ورفعت من شأنه لسرعته في حسم المنازعات، وفضّلت اتفاق الأطراف على آلية حسم منازعاتهم لما له من أبعاد نفسية وأخلاقية عظيمة، بحيث يكون الحكم الصادر في المنازعة أدعى للقبول والتنفيذ الطوعي، وذلك عكس الحكم الصادر من القضاء. وقد قال الله تبارك وتعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ ۚ﴾[٥١]، وكذلك قال تعالى: ﴿وَأَوْفُوا۟ بِٱلْعَهْدِ ۖ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا﴾[٥٢]، ولذا ينبغي على الأطراف القيام بواجب التعاون للوفاء والتنفيذ بموجب الاتفاق، فيلتزم كل فرد بالعمل لتحقيق هدف الطرف الآخر[٥٣]، وبناءً عليه فإن واجب التعاون يعتبر تيسيراً لتنفيذ العقد في الحدود التي تقتضيها قواعد حسن النية على أحد الطرفين أو كليهما، ويستلزم عدم التعسف لتحقيق ذلك.

فلكل الاعتبارات السابقة، لا يمكن القبول بتأثر المنظومة التحكيمية بأن تتعطل أو تتأخر، بل إن هذه الأزمة أوجدت فُرُصاً للتفكير باقتراحات وحلول لضمان استمرارية هذه المنظومة، وتقوية تأثيرها، وتعزيز فعاليتها، لتواجه المعوقات، وتتغلب على الصعاب، لكي تتمكن من أداء وظيفتها والقيام بمهامها بكفاءة عالية تصب في مصلحة الأطراف الذين فضلوا اللجوء إلى التحكيم عن غيره، ليحقق لهم الاستقرار والاطمئنان والأمن القانوني، ولكن سنجد بالمطلب الثاني إشكالية تعطّل بعض مراكز التحكيم خلال جائحة كورونا، ويرجع ذلك لعدة أسباب نستعرضها في الآتي.

---

(٥١) القرآن الكريم، سورة المائدة، الآية ١.

(٥٢) القرآن الكريم، سورة الإسراء، الآية ٣٤.

(٥٣) Demogue René,Des obligation en général, Effet des Obligation T 6,1932, nº3

المطلب الثاني
مدى تأثير جائحة كورونا على انعقاد التحكيم الدولي والداخلي واستمرار إجراءاته

أدَّت جائحة كورونا، بانتشارها على مستوى العالم، إلى اتخاذ مجموعة من الإجراءات والتدابير الاحترازية، ونتج عن ذلك شلل شبه تام للحياة اليومية، فتأثرت بسببه معظم التعاملات والعقود التجارية والمدنية، وعليه فسوف نبيّن في هذا المطلب مظاهر تأثير هذه الأزمة على نظام التحكيم، ومن ثم نسلط الضوء على الجانب العملي من أثر جائحة كورونا على مراكز التحكيم الداخلية والدولية، وهل تعطلت فعلاً، أم استطاعت أن تتغلب على الصعوبات القانونية والعملية واستمرت في أداء دورها والقيام بمهامها.

الفرع الأول
مظاهر تأثير جائحة كورونا على مؤسسات ومراكز التحكيم

لكون التحكيم يعتبر نظاماً قانونياً، ويتسم بطابع داخلي ودولي، ولأنه يجمع العديد من الأفراد من مختلف المناطق للمداولة في القضايا المعروضة على هيئات التحكيم المنتشرة حول العالم، ولذلك يعتبر التحكيم كنظام لحسم المنازعات من المجالات التي سوف تتأثر بفيروس كورونا، ومن هنا يجب دراسة الآثار القانونية التي تترتب عليه، مع الأخذ بعين الاعتبار التأثيرات المباشرة على سير إجراءات التحكيم.

أثّر انتشار فيروس كورونا بالفعل على ١٥٠ دولة في العالم، ولذلك من الصعب أن نتصور أن نظام التحكيم التقليدي لن يتأثر، علماً بأن جميع هيئات التحكيم في السابق قد تأقلمت مع الآثار السلبية للأزمات الماضية، لكن اختلف الوضع في جائحة كورونا حيث أصبحت النظم الصحية على المحك ومهددة بالخطر، ولذلك اعتمدت الدول قيوداً غير مسبوقة للحد من انتشار الفيروس(٥٤)، عن طريق اتخاذ التدابير الاحترازية والقرارات الصارمة غير المسبوقة كما بينّا سابقاً، فكان له الأثر السلبي على العديد من الأطراف، المحكمين والمحتكمين والمحامين والشهود، لحضور جلسات الاستماع لنظام التحكيم التقليدي، فتعطلت إجراءات التحكيم الجارية، وتوقف عن تقديم

(٥٤) La pandémie COVID-19 et l’arbitrage des investissements, 27/03/2020 par Arbitrage international, In: https://www.international-arbitration-attorney.com/fr/the-covid-19-pandemic-and-investment-arbitration/

الطلبات[٥٥]، وتبعاً لذلك قامت بعض مؤسسات ومراكز التحكيم بتعليق التحكيم أيضاً معلنة حالة الطوارئ لإدارة أزمة الصحة العامة لفيروس كورونا، وبكل بساطة اتخذت ذات التدابير المعتمدة في الإجراءات القضائية حيث تعطلت الجلسات وتوقفت المواعيد في بعض الدول[٥٦].

من المعلوم أن إجراءات التحكيم والآجال التنظيمية والإجرائية في التحكيم الحر تحدد باتفاق الأطراف أو من خلال الجهة القضائية إذا تطلّب الأمر، وإن لم يتفق الأطراف في هذه الأزمة على اللجوء إلى الوسائل الإلكترونية لاستمرارية التحكيم فسوف يغيب التحكيم الحر لا محالة وخصوصاً في ظل تعطل القضاء، وفيما يتعلق بالتحكيم المؤسسي[٥٧]، فالإجراءات والآجال التنظيمية تحدد من قبل المؤسسة التي يمارس التحكيم عبر قواعدها وأنظمتها، والتي بالأصل تهدف في مجملها إلى سير الدعوى التحكيمية بمرونة ومهنية، وتمنح للأطراف فرصاً كافية ومتوازنة لتقديم حججهم ودفاعهم، وهنا يجب التفرقة بين أمرين: فيما إذا كان مركز التحكيم يعترف بالتحكيم عن بعد باستخدام الوسائل الإلكترونية، أم أن اللوائح والأنظمة لم تقننه ولا تنظمه.

الفرع الثاني
آثار جائحة كورونا على مؤسسات ومراكز التحكيم

إن أزمة كورونا، ستغير طبيعة التحكيم بشكل أساسي، حيث أثرت الأزمة على إجراءات قضايا التحكيم المستمرة، مما أدى إلى بعض التأخيرات والتمديدات، ومن ثم تطلَّب طرح مجموعة من الحلول لضمان إدارة قوية للإجراءات[٥٨]. وقد وجدنا ثلاثة أنظمة لمراكز التحكيم في كيفية تعاملها مع هذه الأزمة والظروف الصعبة:

---

(٥٥) Covid-19 (Ile Maurice) - Face à la crise, le MARC favorise l "e-arbitration" avril 10, 2020, In: https://plcj.net/covid-19-ile-maurice-face-a-la-crise-le-marc-favorise-l-e-arbitration/

(٥٦) مؤسسة التحكيم في إسبانيا بموجب المرسوم السلطاني ٢٠٢٠/٤٦٣، المؤرخ ١٤ مارس ٢٠٢٠، وكذلك مركز الكويت للتحكيم التجاري.

(٥٧) للاستزادة عن التحكيم المؤسسي انظر: إبراهيم أبو الليل، قواعد وإجراءات التحكيم وفقاً لنظام غرفة التجارة الدولية، مجلة الحقوقي، جامعة الكويت، السنة ١٧ العدد ١، مارس١٩٩٣ ص٥٩: ١٠٩.

(٥٨) COVID-19 Update: Recalibrating and Resilience - LCIA continues to deliver the highest quality services for users, 14 May2020, https://www.lcia.org/News/covid-19-update-recalibrating-and-resilience-lcia-continues-to.aspx.

ففي النظام الأول، وقد سار في الاتجاه الصحيح حيث عمدت أغلب مراكز ومؤسسات التحكيم إلى التصدي لهذه الجائحة والتأقلم معها عن طريق تكيّفها واستخدامها للوسائل الإلكترونية للتحكيم عن بعد بحكم ما يتمتع به التحكيم من المرونة(٥٩) وبما تسمح به أنظمة ولوائح أغلب تلك المراكز والهيئات بأنها تمنح محكمة التحكيم سلطة تقديرية واسعة بشأن كيفية اتخاذ الإجراءات(٦٠) من أجل ضمان إدارة فعالة للقضية وضمان استمرارية المنظومة التحكيمية بشكل كامل لكي تتوافق مع فلسفتها القائمة عليها وتحقيق أهدافها المرجوة، وتعزيزاً للمبدأ ذاته، تشير قواعد الأونسيترال إلى أن هيئة التحكيم، في ممارسة سلطتها التقديرية، يجب أن تجري الإجراءات لتجنب التأخير والنفقات غير الضرورية، وتوفير عملية عادلة وفعالة لحل نزاع الطرفين(٦١).

ومحكمة لندن للتحكيم مثال على ذلك، حيث أقرت بتأثير جائحة كورونا على الحياة الطبيعية وممارسات العمل مما تسبب في معاناة الكثير ومواجهتهم لصعوبات عميقة، إلا أنها أكدت وعلى الرغم من هذه الأزمة شعورها بالامتياز لكونها جزءاً من منظمة وبيئة عمل داعمة ومستقرة، وستستمر في ظل هذه العوائق والصعوبات في تقديم خدمات تحكيم عالية الجودة، فهي تثبت بقدرتها وبكفاءتها على الصمود، إضافة إلى إمكانياتها في إعادة بلورة القواعد والمعايير والإرشادات للتكيّف مع هذا العالم سريع التغير، وختمت محكمة لندن بأنها تشعر بالثقة في إمكانيتها على الاستمرار في المنظومة التحكيمية والتغلب على العوائق والصعوبات(٦٢).

وفي هذا الصدد، لجأ العديد من الأطراف والمؤسسات التحكيمية إلى غرفة التجارة الدولية للحصول على معلومات وإرشادات لمواجهة جائحة كورونا، حيث بيّنت الغرفة بأنها مدركة تمام الإدراك بصعوبة هذه الأوقات وشدتها بالنسبة للجميع، كما

---

(٥٩) تقرير لجنة التحكيم للمحكمة الجنائية الدولية يقترح، بخصوص آليات وتقنيات التحكم والسيطرة على الوقت والتكاليف في نظام التحكيم، بأنه يجب على المحكمين، كلما كان ممكناً النظر في استخدام الهاتف وعقد المؤتمرات عبر الفيديو، لجلسات الاستماع. كما يستلزم عليهم التفكير بخصوص الشهود هل يمكنهم تقديم أدلة عبر رابط الفيديو؟ وذلك لتجنب الحاجة إلى السفر لحضور جلسة الاستماع للأدلة.

(٦٠) المادة ٢٢(٢) من ٢٠١٧ قواعد غرفة التجارة الدولية.

(٦١) المادة ١٧٢٠١٠ قانون الأونسيترال،

(٦٢) COVID-19 Update: Recalibrating and Resilience - LCIA continues to deliver the highest quality services for users, 14 May2020, https://www.lcia.org/News/covid-19-update-recalibrating-and-resilience-lcia-continues-to.aspx.

هو واضح يومياً في جميع دول العالم، وأكدت ضرورة التعاون المشترك كضمان فعال لدعم قدرة التحكيم الدولي على المساهمة في الاستقرار لضمان استمرار القضايا العالقة، وإمكانية تفعيل الإجراءات دون تأخير لا مبرر له، على الرغم من أن البيئة غير مستقرة للغاية، حيث أوضحت الغرفة أهمية التعاون بشكل خاص، وحثت كل مؤسسة على ضمان الاستفادة المثلى من التقنيات الرقمية للعمل عن بعد، وشجعت الأطراف والمحكمين على مناقشة أثر هذه الجائحة، والطرق المحتملة لمعالجتها بطريقة منفتحة وبناءة، وطلبت من هيئات التحكيم والأطراف التخفيف من آثار أي معوقات إلى أقصى حد ممكن، مع ضمان نزاهة وكفاءة إجراءات التحكيم؛ ولذلك فإن الغرفة سبق أن وضعت لها قواعد تستند إلى الوسائل الإلكترونية، وعلى أساسها دعت الأطراف والمؤسسات للاستفادة من كل الخدمات المتطورة وتقنيات الإدارة التي تسمح بمواجهة تحديات الأزمة لكي يتقدم التحكيم بشكل أكبر دون تأخير لا مبرر له، على الرغم من كل هذه الصعوبات والعوائق(٦٣).

وفي الجانب الآخر، نجد أنه في النظام الثاني، عمدت بعض تلك المراكز والمؤسسات إلى استكمال إجراءات التحكيم عن بعد باستخدام الوسائل الإلكترونية الحديثة بشرط إمكانية ذلك، بحيث يتم النظر في كل قضية على حدة، وبالتالي يحكم في استمرارها من عدمه، ويدخل في الاعتبار بجاهزية القضية للحكم، وأنها ليست بحاجة إلى إجراءات تستوجب وقفها، فإن إجراءاتها في هذه الحالة تستمر عن بعد حتى صدور الحكم، لكن إذا كانت القضية التحكيمية بحاجة إلى مزيد من الإجراءات، والبحث عن الأدلة وتقديم الإثبات، وطلب الخبرة، وضرورة الانتقال والمعاينة... إلخ، وحالت ظروف الأزمة دون إعمالها، فإن الإجراءات تقف ولا تستمر كما هو الحال المعمول به في المركز الإسلامي الدولي للصلح والتحكيم(٦٤).

وفي النظام الثالث، الذي ما زال متردداً في استخدام الوسائل الإلكترونية والدخول في عالم الحضور الافتراضي لجلسات التحكيم، حيث تأثر نظام التحكيم خلال هذه الجائحة وتوقف وتعطلت إجراءاته وشلت فعاليته، وتختلف أسباب هذا التردد من مركز لآخر من حيث الاستعدادية والجاهزية، وعند البعض الآخر، نقص

(٦٣) Arbitration and COVID-19, Arbitral institutions COVID-19 joint statement, in https://iccwbo.org/publication/arbitral-institutions-joint-statement-in-the-wake-of-the-covid-19-outbreak/

(٦٤) رامي سليمان، أعراض فيروس كورونا -كوفيد ١٩- على الدعوى التحكيمية https://www.iicra.com/effects-of-coronavirus-covid-19-on-arbitration-cases/

وقصور في الأنظمة واللوائح التشريعية للمركز والهيئات بحيث لا تشتمل على استخدام الوسائل الإلكترونية في المنظومة التحكيمية. ونجد هذا النظام قائماً في مركز الكويت للتحكيم التجاري، حيث استند على وجود القوة القاهرة وما آلت إليه ظروف الجائحة من فرض حظر تجوال كلي، وبالتالي حتمية وقف إجراءات التحكيم لوجود هذا المانع القانوني والمادي؛ لكون نظام التحكيم المعمول به في المركز نظاماً تقليدياً يعتمد على الحضور المادي وتقديم الدفاع والمستندات بالتبادل اليدوي، وبحكم أن لوائح المركز لا تشتمل على آلية التحكيم عن بعد لكي يتم تفعيلها في هذه الظروف الصعبة. وبالتالي نجد أن المركز استند إلى وجود القوة القاهرة وإلى تطبيق المادة ١٧ مكرر والمضافة لقانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي بمقتضى القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٢٠ المعمول به بأثر رجعي، والذي أقره مجلس الأمة مؤخراً إثر جائحة كورونا ليحد من إشكالية المواعيد الإجرائية وانعقاد الجلسات في المحاكم.

وطبقاً للمادة الثانية من هذا القانون التي تنص على أنه: (اعتباراً من ٢٠٢٠/٣/١٣ في الأحوال التي يقرر فيها مجلس الوزراء تعطيل أو وقف العمل في المرافق العامة للدولة حماية للأمن أو السلم العام أو الصحة العامة والتي تقتضيها المصلحة العليا للبلاد، لا تحسب مدة التعطيل أو التوقف ضمن المواعيد الإجرائية المنصوص عليها في هذا القانون، وقانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية وقانون حالات الطعن بالتمييز وإجراءاته، على أن يستأنف احتسابها اعتباراً من اليوم الذي يعينه مجلس الوزراء للعودة إلى العمل). ومفاده وقف احتساب المواعيد الإجرائية المنصوص عليها في القوانين المشار إليها بهذا القانون حتى اليوم الذي يعينه مجلس الوزراء للعودة إلى العمل الذي تعطل على ما بينت المذكرة الإيضاحية للقانون خشية من تفشي فيروس كورونا المستجد الذي اجتاح العالم، ونظراً لأن القواعد العامة للمواعيد القانونية المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية وغيرها قد خلت من وجود تنظيم يحفظ حقوق الأفراد حال حدوث الكوارث أو الأزمات أو الأوبئة أو أي مانع قهري مثل الحروب... إلخ[٦٥]. وبحكم أنه قانون الإجراءات العامة الذي تعد نصوصه واجبة التطبيق ما لم يرد في تشريع إجرائي آخر نص خاص يتعارض وأحكامه، فإن خلا التشريع الخاص من حالة معينة تعين الرجوع إلى قواعد قانون المرافعات المدنية

---

(٦٥) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٥ لسنة ٢٠٢٠ بشأن إضافة المادة ١٧ مكرر في قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي.

والتجارية باعتبارهما القواعد العامة الأساسية في إجراءات الخصومة المدنية(٦٦)، وهذا ما حصل فعلاً حيث خلت لوائح مركز تحكيم الكويت التجاري من تنظيم هذه المسألة، وبالتالي رجع إلى قانون المرافعات، وبحكم أن المادة ١٧ مكرر تسري على كافة المواعيد الإجرائية التي وردت في أي قانون آخر مادام قد خلا من نص خاص ينظم ذات المسألة، وباعتبار قانون المرافعات أيضاً هو الشريعة العامة في حالة غياب النص.

في الحقيقة، كان الأولى بمركز الكويت للتحكيم التجاري، أن يتم التعامل مع نظام التحكيم ابتداء بما يتوافق ويتلاءم مع فلسفته القائم عليها بضمان استمراره وقدرته على مواجهة الصعوبات وعدم عرقلته من خلال تضمين التحكيم الإلكتروني – مسبقاً – لأنظمته ولوائحه، والاستفادة من كل الوسائل التكنولوجية والإمكانيات التي تعزز فعاليته وقيامه بمهامه وأداء دوره المنشود، وخصوصاً في ظل جائحة كورونا وفي ظل تعطل القضاء الوطني.

(٦٦) الطعن رقم ٣٣٨ لسنة ٦٨، جلسة ٢٠٠٦/٥/٢٢، مكتب فني ٥٧، ص٤٨٥.

المبحث الثاني
الواقع والمأمول للمنظومة التحكيمية في ظل جائحة كورونا

تبين لنا من خلال ما سبق، بأن هناك مراكز تحكيم قد تأثرت فعلاً بسبب جائحة كورونا مثل مركز الكويت للتحكيم التجاري، وذلك بسبب عدة إشكاليات، منها ما يتعلق بعدم استيعاب بعض المراكز للتعاملات الإلكترونية، أو بسبب الإجراءات الاحترازية من تعطل لمرفق القضاء وغيرها، ومنها ما يتعلق بالتشريعات الوطنية الخاصة بهذا الشأن.

الحلول لهذه الإشكاليات في الحقيقة ليست معقدة، لكنها تثير إشكاليات قانونية يلزم معالجتها لكي نضمن الفعالية في ظل هذه الأزمة، و يمكن كذلك أن يتم إنجازها بسرعة إذا وجدت الإرادة الحقيقية، وبذلت الجهود المطلوبة لذلك، فخيارات الحلول متاحة ما بين حل جزئي ووقتي لمواجهة تداعيات الأزمة، وبين حل جذري وشامل يتناسب مع هذه الظروف ويضمن قوة أداء وزيادة فعالية للتحكيم.

ويهدف هذا المبحث بمطلبه الأول إلى عرض الإشكاليات التي أدت إلى تعطيل التحكيم في دولة الكويت، مع محاولة إيجاد الحلول لبعض هذه الإشكاليات لضمان استمرارية التحكيم بالأزمات والكوارث في ظل التشريعات الحالية. أما المطلب الثاني فسوف يتناول مجموعة من الأفكار والمقترحات لبلورة منظومة قانونية خاصة للتحكيم الإلكتروني تسهم في ضمان استمراره وتطوره، وتعزز من فعاليته وتحقيق أهدافه وغاياته.

المطلب الأول
عرض الإشكالية وإلقاء الضوء على المعالجات الجزئية

يناقش هذا المطلب الإشكاليات التي ترتبت على سير إجراءات التحكيم التقليدي في دولة الكويت، وعدم ضمان تحقيق أهدافه التي تم مناقشتها فيما سبق نتيجة جائحة كورونا، والإجراءات الوقائية التي اتخذتها الدولة لمكافحة هذه الجائحة، والبحث نحو معالجات جزئية لهذه الإشكاليات.

سوف يتم تقسيم الإشكاليات مع المعالجات إلى ثلاثة أفرع: يتناول الفرع الأول الإشكاليات والمعالجات الممكنة التي تتعلق باستخدام الوسائل الإلكترونية، وأما الفرع الثاني فسوف يخصص للإشكاليات التي سببها تعطل مرفق القضاء، وأما الفرع الأخير فسوف يتناول الإشكاليات مع المعالجات الخاصة بسلطة المحكم.

الفرع الأول
إشكاليات ومعالجات تتعلق باستخدام الوسائل الإلكترونية

سوف يتناول هذا الفرع الإشكاليات وإمكانية إيجاد الحلول المتعلقة باستخدام الوسائل الإلكترونية على التحكيم التقليدي في ظل التشريعات الحالية.

أولاً – اتفاق التحكيم وموافقة المحكم:

معلوم أن التحكيم يبدأ بالاتفاق بين الأطراف لتسوية نزاعهم عن طريق اللجوء إلى التحكيم بدلاً من القضاء، وسواء أخذ الاتفاق شكل شرط التحكيم أو المشارطة فإن غالبية قوانين التحكيم الداخلية والدولية تنص على شرط الكتابة لإثبات هذا الاتفاق، فالمادة ١٧٣ الفقرة الثانية من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي تنص على أنه لا يثبت التحكيم إلا بالكتابة[٦٧]. فاشتراط الكتابة للإثبات يمكن أن يثير إشكالية مدى قدرة الأطراف في ظل جائحة كورونا بالاتفاق على التحكيم كتابةً (شرط أو مشارطة)، وخاصة مع الإجراءات الاحترازية التي اتخذتها دولة الكويت وبقية دول العالم من حجر صحي وحظر تجول ووقف الطيران وغيرها. بكل تأكيد من الصعوبة بمكان أو الاستحالة أيضاً إبرام عقد التحكيم بالوسائل التقليدية أثناء جائحة كورونا، فالتساؤل إذاً هو مدى اعتبار الكتابة الإلكترونية[٦٨] دليلاً لإثبات عقد التحكيم.

بالنظر إلى نص المادة ٣ من القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ في شأن المعاملات الإلكترونية التي تنص على أن: "يكون كل من السجل الإلكتروني والمستند الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والمعاملة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني في مجال المعاملات المدنية والتجارية والإدارية منتجاً لذات الآثار القانونية المترتبة على الوثائق والمستندات والتوقيعات الكتابية من حيث إلزامه لأطرافه أو قوته في الإثبات أو حجيته متى أجري وفقاً لأحكام هذا القانون." يتضح لنا من هذا النص أن المشرع الكويتي يعترف بالكتابة الإلكترونية كدليل للإثبات، وبذلك يمكن للأطراف الاتفاق على التحكيم سواء الداخلي أو الدولي بالوسائل الإلكترونية، وأيضاً قبل صدور قانون التعاملات الإلكترونية

---

(٦٧) انظر: نص المادة ١٧٣ الفقرة الثانية من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (٣٨) لسنة ١٩٨٠.

(٦٨) عرفت المادة الأولى من قانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ في شأن المعاملات الإلكترونية الكويتي الكتابة الإلكترونية بـ "كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك، ويمكن استرجاعها لاحقاً".

فإن قضاء محكمة التمييز الكويتية قد أقر بالحكم الصادر في سنة ١٩٨١/٥/٢٧ الطعن ٦٢ لسنة ١٩٨٠ تجاري بإمكانية إثبات الكتابة بأي وسيلة عن طريق الخطابات المتبادلة أو البرقيات أو رسائل الفاكس(٦٩).

بعد عملية اختيار المحكم سواء من قبل الأفراد أو المؤسسة التحكيمية أو المحكمة تأتي عملية قبول المحكم لهذه المهمة، فلا يجوز إجبار شخص على القيام بالعملية التحكمية من غير موافقته، فالمحكم لا يقوم بوظيفة عامة كي يلتزم بحكم مهامه الوظيفية بالقيام بها، ولكنه يقوم بعمل خاص يستوجب موافقته للقيام بهذا العمل(٧٠). وفقاً للمادة ١٧٨ من قانون المرافعات، فإن قبول المحكم بالقيام بمهمته، يجب أن يثبت كتابةً، وكما بينا سابقاً فإن إثبات الكتابة التقليدية في ظل الإجراءات الاحترازية التي تقوم بها دولة الكويت وبقية دول العالم صعبة جداً وتكاد تكون مستحيلة، لذلك يأتي هنا دور الموافقة الإلكترونية، وأهميتها في ظل جائحة كورونا، وكما تم بيانه كذلك، فإن الموافقة الإلكترونية أو الكتابة الإلكترونية معترف بها بدولة الكويت وفقاً للمادة ٣ من قانون المعاملات الإلكترونية السابق الذكر.

ثانياً – حضور الأطراف وتقديم المذكرات وسماع الشهود:

تنص المادة ١٧٩ من قانون المرافعات على أن: "يقوم المحكم خلال ثلاثين يوماً – على الأكثر – من قبول التحكيم بإخطار الخصوم بتاريخ أول جلسة تحدد لنظر النزاع، وبمكان انعقادها..."، وفقاً لنص هذه المادة، يجب أن يكون هناك مكان محدد لعقد جلسات التحكيم، ولكن في ظل جائحة كورونا والإجراءات الاحترازية نجد أنه يستحيل التجمع المادي للأطراف والمحكمين بمكان واحد، لذلك يثار التساؤل عن إمكانية التجمع الافتراضي لهيئة التحكيم والأطراف باستخدام صفحة إلكترونية سرية لا يمكن لأحد الدخول إليها إلا عن طريق استخدام أرقام سرية، وتسمح بنقل الصوت والصورة وتبادل المذكرات البيانات، وسماع الشهود أيضاً؛ لكون الوسائل الفنية متوفرة عن بعد من خلال شبكة الإنترنت وهي تسمح بتبادل الأصوات والصور والنصوص بشكل شبه متزامن بين الأطراف، بالإضافة إلى أن البريد الإلكتروني يسمح بنقل المستندات والوثائق المكتوبة والمرئية، وبشكل فوري أثناء مقابلتهم في برامج محادثة جماعية، كما هو الحال في المؤتمرات الافتراضية، ويكون الالتقاء بينهم على أساس أنهم حاضرون من حيث الزمان وغائبون من حيث المكان، ويتم ذلك

---

(٦٩) تمييز ١٩٨١/٥/٢٧ الطعن ٦٢ لسنة ١٩٨٠ تجاري، الحكم مذكور بمؤلف عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق ص ١٢٢.

(٧٠) انظر: نص المادة ١٧٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (٣٨) لسنة ١٩٨٨.

بموجب شفرات خاصة وكلمات سر تمنع غيرهم من الدخول لجلسة القضية. ولذلك فإنه لا يمنع من حيث المبدأ من انعقاد الجلسات إلكترونياً، حيث تكون سلطة المحكم لذلك كبيرة وواسعة لتحقيق أهداف التحكيم، وضمان استمراريته[٧١]، وسيتم التطرق لسلطة المحكم لذلك لاحقاً.

ولكن لضمان تفعيل المنظومة التحكيمية، والنأي عن بطلان إجراءات التحكيم، فهنا تأتي ضرورة المعالجات الشاملة للتحكيم الإلكتروني التي سوف يتم الحديث عنها بالمطلب الثاني من هذا المبحث.

ثالثاً – التوقيع على الحكم:

وفقاً لنص المادة ١٨٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية فإنه يجب أن يشتمل الحكم على توقيعات المحكمين، وبما أنه يصعب التوقيع المادي على الحكم في ظل جائحة كورونا نظراً للإجراءات الاحترازية التي اتخذتها دولة الكويت، فالتساؤل هنا يتمحور حول مدى صحة التوقيع الإلكتروني[٧٢] على حكم التحكيم.

بالنظر إلى نص المادة ٣ من قانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ المشار إليها سابقاً التي تعطي للتوقيع الإلكتروني أثراً منتجاً لذات الآثار القانونية المترتبة على الوثائق والمستندات والتوقيعات الكتابية من حيث إلزامه لأطرافه أو قوته في الإثبات أو حجيته. إذن يتضح لنا من هذا النص أن المشرع الكويتي يعترف بالتوقيع الإلكتروني، وبذلك يمكن للمحكمين أن يشملوا حكمهم بالتوقيع الإلكتروني، لكن تثار الإشكالية في حال تنفيذ الحكم الإلكتروني، حيث إن الكويت من الدول التي لم تنظم الأحكام الخاصة لتنفيذ الحكم الإلكتروني، فيجب أن يكون الحكم مكتوباً لكي يتم تقديمه إلى القاضي بأمر على عريضة ليأمر بتنفيذه، وعليه يجب أن يكون مكتوباً في هذه الحالة، وبالتالي يستلزم استخراجه ويطبع للتوقيع عليه ومن ثم عرضه على القاضي[٧٣].

---

(٧١) أحمد سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٦، ص٥٠٤.

(٧٢) عرفت المادة الأولى من قانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ في شأن المعاملات الإلكترونية الكويتي التوقيع الإلكتروني ب "البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة في مستند أو سجل إلكتروني أو مضافة عليها أو مرتبطة بها بالضرورة، ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره".

(٧٣) أنور الفزيع، حلقة نقاشية بعنوان: الآليات الحديثة للتحكيم في ظل الأزمات، تنظيم مركز الكويت للتحكيم التجاري، الاثنين بتاريخ ٢٧ إبريل ٢٠٢٠.

رابعاً – مكان إصدار الحكم:

تنص الفقرة الأخيرة من المادة ١٨٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية، على أنه يجب أن يصدر حكم المحكم في الكويت، وإلا اتبعت في شأنه القواعد المقررة لأحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي، فمسألة تحديد ما إذا كان حكم التحكيم وطنياً أم أجنبياً أمر في غاية الأهمية، وذلك لأن الأثر المترتب على أحكام التحكيم الوطنية مختلف عن أحكام التحكيم الأجنبية؛ لأن قواعد تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية مختلفة تماماً وتعتبر أكثر تعقيداً من قواعد تنفيذ أحكام المحكمين الوطنية. إضافة إلى ذلك تشترط الفقرة (د) من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والمصادق عليها من قبل أكثر من ١٦٣ دولة حول العالم من ضمنهم دولة الكويت(٧٤)، على أنه لا يُعترف بحكم التحكيم الأجنبي ولا يُنفذ إذا كانت إجراءات التحكيم – في حالة عدم اتفاق الأطراف – غير متوافقة مع قوانين البلد الذي جرى فيه التحكيم، وعليه فإنه من المهم جداً معرفة مكان صدور حكم التحكيم لما يترتب عليه من نتائج وآثار قانونية. في التحكيم التقليدي من اليسير جداً معرفة بأي دولة جرت عملية التحكيم وبأي دولة صدر الحكم، أما بالتحكيم الإلكتروني فتثار الإشكالية هنا، وذلك لأن التحكيم الإلكتروني يمكن أن يكون متصلاً بست دول مختلفة، فمن الممكن أن يكون أحد الأطراف بدولة، والطرف الآخر بدولة أخرى، وكل من أعضاء هيئة التحكيم إن كانت ثلاثية بدولة مختلفة عن الأخرى.

لكي يتم تحديد مكان صدور الحكم الإلكتروني، يجب التفرقة بين ما إذا كان التحكيم مؤسسياً أو تحكيماً حراً، بالنسبة للتحكيم المؤسسي، فإن تحديد مكان إصدار الحكم الإلكتروني أقل تعقيداً من التحكيم الحر؛ وذلك لأن غالبية مراكز التحكيم تحدد مكان إصدار الحكم بنظامها الأساسي، فإذا اختار الأطراف مؤسسة تحكيمية داخل الكويت، وقامت هذه المؤسسة باستئناف التحكيم بالوسائل الإلكترونية عن طريق برنامج خاص بها، وتم من خلال هذا البرنامج إصدار الحكم الإلكتروني فيعتبر مكان إصدار الحكم هو دولة الكويت، لوجود تحديد مسبق بالنظام الأساسي لمركز التحكيم مفاده أن مكان إجراءات التحكيم – من بداية الإجراءات حتى صدور حكم التحكيم –

(٧٤) صادقت دولة الكويت على اتفاقية نيويورك بتاريخ ١٩٨٧/٤/٢٨، وصدر بعد ذلك قانون بالاتفاقية وأصبحت الاتفاقية جزءاً من قوانين دولة الكويت، انظر: الموقع الرسمي للدول المصادقة على الاتفاقية http://www.newyorkconvention.org/list+of+contracting+states تاريخ الدخول ٢٠٢٠/٥/٢٥.

هو مركز التحكيم نفسه، إضافة إلى ذلك، في حال عدم وجود نص ينظم مسألة مكان صدور الحكم لدى النظام الأساسي لمركز التحكيم، فإنه من الممكن هنا تطبيق نص المادة ١٦ من قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي رقم (٢٠) لسنة ٢٠١٤ التي تنص على أن: "يعتبر المستند أو السجل الإلكتروني قد أرسل من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ..". فوفقاً للمادة ١٦ يعتبر مكان صدور المستند أو السجل الإلكتروني (حكم التحكيم الإلكتروني) هو مكان عمل المنشئ أي مقر مركز التحكيم.

فإذاً، مكان صدور الحكم هو مكان مركز التحكيم نفسه، فإذا كان مركز التحكيم بالكويت، فتعتبر هي مكان إصدار الحكم، أما إذا كان مكان مركز التحكيم خارج الكويت، فيكون مكان إصداره بالدولة الأجنبية التي يقع بها مركز التحكيم.

أما بالنسبة للتحكيم الحر، فهنا يتجه الفقه، إلى الأخذ بنظرية حرية إرادة الأطراف بتحديد مكان إصدار الحكم الإلكتروني، وذلك انطلاقاً من مبدأ حرية الإرادة بالتحكيم[٧٥]. أما في حال عدم وجود اتفاق بين الأطراف على مكان إصدار الحكم، فهنا من الممكن للمحكم أو هيئة التحكيم[٧٦] تحديد مكان إصدار الحكم بغض النظر عن الوجود الجيوغرافي للمحكم أو لهيئة التحكيم، وهو ما أكده نظام الويبو[٧٧].

أما في حال عدم وجود اتفاق من الأطراف على مكان صدور حكم التحكيم، ولا يوجد أيضاً تحديد للمكان من قبل المحكم أو هيئة التحكيم، فهنا من الممكن الاستعانة بنص المادة ١٦ السالفة الذكر، ولكن قبل التطرق لنص المادة ١٦ سوف نشير إلى ما ذهب إليه الفقه الغربي بهذا الشأن.

يتجه الفقه الغربي في تحديد مكان صدور حكم التحكيم – في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف أو تحديد من قبل هيئة التحكيم – عن طريق تطبيق نظرية تتبع ما يسمى "بأجهزة الخوادم"[٧٨] المتصلة بشبكة الإنترنت التي صدر منها الحكم

(٧٥) Amro, Ihab.Online Arbitration in Theory and in Practice: A Comparative Study of Cross-Border Commercial Transactions in Common Law and Civil Law Countries. Cambridge Scholars Publishing, 2019, p.103. G. Kaufmann-koheler, Le lieu de l'arbitrage à lune de la mondialisation, R.A, 1998, p.518.

(٧٦) منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعة، ١٩٩٦، ص١٠٤.

(٧٧) حيث نصت المادة ٣٩ في الفقرة الأولى على أنه: (يقرر المركز مكان التحكيم مع مراعاة أي ملاحظات يبديها الطرفان وظروف التحكيم ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك).

(٧٨) الخادم أو السيرفر هو جهاز حاسوب أو برنامج يعمل على تقديم المساعدة وتلبية توصيل الأوامر والبيانات من وإلى أجهزة حاسوب أخرى داخل شبكة الإنترنت.

الإلكتروني (The lex loci server theory)[٧٩]. فوفقاً لهذه النظرية يعتبر مكان صدور حكم التحكيم هو مكان الدولة المسجل بها "جهاز الخادم" المتصل بشبكة الإنترنت الذي من خلاله أصدر المحكم الحكم الإلكتروني. بمعنى إذا صدر حكم التحكيم من خلال حاسوب متصل بخادم مسجل بدولة الكويت، فيعتبر الحكم صادراً من دولة الكويت، وإذا صدر حكم من خلال خادم مسجل بدولة أجنبية فيعتبر حكم التحكيم أجنبياً.

ولكن مع وجود نص المادة ١٦ من قانون المعاملات الإلكترونية السابقة الذكر، نجد أن المشرع الكويتي تطرق إلى مسألة مكان إصدار المستند أو السجل الإلكتروني، وبما أن حكم التحكيم الإلكتروني يعتبر سجلاً إلكترونياً وفقاً لتعريف السجل الإلكتروني بذات القانون، فمن الممكن الاستعانة بنص المادة ١٦ لتحديد مكان حكم التحكيم الإلكتروني. وعليه، تقرر هذه المادة اعتبار مكان صدور السجل الإلكتروني هو مقر عمل المنشئ، وإذا لم يكن للمنشئ مقر عمل، فيعتبر مكان صدور السجل الإلكتروني هو محل إقامة المنشئ، وإذا كان للمنشئ أكثر من مقر عمل، فيعتبر المقر الأقرب صلة بالمعاملة هو مكان الإرسال، وعند تطبيق قواعد هذه المادة على حكم التحكيم الإلكتروني، سوف يتضح لنا، بأن مكان صدور الحكم الإلكتروني هو مقر عمل المحكم، فإذا كان مقر عمل المحكم بالكويت يعتبر الحكم صادراً من دولة الكويت، وإذا كان مقر عمل المحكم بدولة أجنبية، فيعتبر الحكم صادراً من دولة أجنبية، وفي حال عدم وجود مقر عمل للمحكم، فهنا يتم تطبيق محل إقامة المحكم، وأخيراً إذا كان هناك أكثر من مقر عمل للمحكم، فيعتبر مكان صدور الحكم بالمقر الأقرب لحكم التحكيم، بمعنى إذا كانت عناصر حكم التحكيم لها اتصال أكبر بمقر عمل المحكم من المقر الآخر، فيتم اعتبار حكم التحكيم صادراً من هذا المقر الذي توجد به صلة مع حكم التحكيم.

إذاً، نجد أنه من الممكن الاستعانة بالمادة ١٦ من قانون المعاملات الإلكترونية السابق الذكر، لتحديد مكان صدور حكم التحكيم الإلكتروني في حال عدم وجود اتفاق بين الأطراف أو عدم تحديد ذلك من قبل المحكم أو هيئة التحكيم.

---

(٧٩) Tiffany J. "Where on Earth Does Cyber-Arbitration Occur: International Review of Arbitral Awards Rendered Online."ILSA J. Int'l & Comp. L.7 (2000): p. 6.

الفرع الثاني
إشكاليات ومعالجات تتعلق بتعطل القضاء

بينا سابقاً أن جلسات المحاكم تم تعطيلها بالكويت نظراً للإجراءات الاحترازية لمكافحة جائحة كورونا، هذا التعطيل أثر سلباً على سير إجراءات التحكيم في ظل التشريعات الحالية كما سنوضحه بالتفصيل الآتي.

أولاً - تشكيل هيئة المحكمين:

ينقسم التحكيم إلى تحكيم حر وتحكيم مؤسسي، فالتحكيم الحر هو الذي يقوم به الأطراف باختيار محكم أو عدة محكمين، ويمكنهم أيضاً اختيار قواعد التحكيم وإجراءاته - وفقاً لما يخولهم القانون - بعيداً عن أي إشراف مؤسسي[(٨٠)]. والتحكيم المؤسسي هو الذي يتفق فيه الأطراف على اختيار هيئة تحكيمية وطنية أو دولية ليتم فيها التحكيم وفقاً لنظام هذه الهيئة وإجراءاته، وقد يقوم المركز بتحديد المحكمين أو أحدهم حسب اتفاق الأطراف[(٨١)].

الإشكالية التي ترتبها جائحة كورونا على تشكيل هيئة التحكيم تقتصر على التحكيم الحر دون المؤسسي، باعتبار أن التحكيم الحر يرتب التزاماً على الأطراف باختيار المحكمين، فإذا اتفق الأطراف قبل الجائحة على التحكيم الحر، ولكنهم لم يتفقوا بعد الأزمة على تعيين المحكمين، واختلفوا على تعيينهم، فهنا بالوضع المعتاد على أحد الخصوم اللجوء إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، والمحكمة بدورها تقوم بتعيين من يلزم من المحكمين، وذلك وفقاً لنص المادة ١٧٥ من قانون المرافعات[(٨٢)].

ولكن الإشكالية أنه أثناء جائحة كورونا لا يمكن لأحد الخصوم اللجوء إلى القضاء لمساعدته في تعيين المحكم، وذلك بسبب ما سبق بيانه من أنه منذ تاريخ ١٣ مارس ٢٠٢٠ حتى كتابة هذا البحث، فإن جميع جلسات المحاكم مؤجلة تأجيلاً إدارياً، انسجاماً مع قرار مجلس الوزراء بتعطيل العمل؛ لذلك يتضح لنا أن جائحة كورونا لها أثر سلبي على مسألة تشكيل المحكمين بالتحكيم الحر، إلى درجة أن التحكيم الحر

(٨٠) فتحي والي، المرجع السابق، ص٥٦: Gary Born, p28

(٨١) فتحي والي، المرجع السابق، ص٥٦: Gary Born, p27

(٨٢) انظر: نص المادة ١٧٥ الفقرة الثانية من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم (٣٨) لسنة ١٩٨٨.

يتلاشى ويختفي في حال تعسف أحد الأطراف، وذلك عكس التحكيم المؤسسي الذي يضمن استمرارية التحكيم كما وضحنا سابقاً.

ثانياً – إصدار أدلة الإثبات:

قد يستعين أحد الخصوم أثناء تقديم الدفاع بجلسات التحكيم، أو قد تطلب هيئة التحكيم من أحد الخصوم تقديم وثيقة للإثبات، إما رسمية من أحد مؤسسات الدولة أو الدوائر الحكومية، أو عرفية من البنوك أو غيرها من المؤسسات، وبسبب جائحة كورونا والإجراءات الاحترازية من تعطيل الدوائر الحكومية ومؤسسات الدولة، وحظر التجول، فإن من الصعب جداً أو المستحيل استخراج مثل هذه الوثائق والمستندات، مما قد يعطل عملية سير التحكيم أو الإخلال بحق الدفاع إذا كان أحد الطرفين يعتمد على هذه الوثيقة بشكل رئيسي لتقديم دفاعه، لكن يجب الإشارة هنا إلى أن بعض الجهات الرسمية والخاصة بدولة الكويت قد تعاملت بالوسائل الإلكترونية خلال جائحة كورونا تيسيراً لحاجات الأفراد الضرورية، ولذا فإن كانت الوثيقة أو المستند المطلوب استخراجه من إحدى الجهات التي تتعامل بالطرق الإلكترونية، فهنا لن يتعطل التحكيم ويلزم استمراره، أما إذا كانت الوثيقة المراد استخراجها من الإدارات والجهات التي لا تتعامل بهذه الوسائل، فمن الممكن أن تؤثر سلباً في التحكيم وتعطله، لوجوب احترام ضمانات التقاضي وحقوق الدفاع.

ثالثاً – الطعن بالتزوير على وثيقة:

من الممكن لأحد الخصوم أثناء تقديم الدفاع أن يطعن بتزوير وثيقة قدمها الخصم الآخر، ففي هذه الحالة، على من يدعي التزوير أن يذهب ويقدم شكوى إلى النيابة الجنائية بهذا الخصوص، وعلى المحكم أو محكمة التحكيم إيقاف سير الإجراءات حتى يصدر حكم نهائي من المحكمة المختصة، عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة ١٨٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية التي تنص على أنه: "إذا عرضت خلال التحكيم مسألة أولية تخرج عن ولاية المحكم أو طعن بتزوير ورقة اتخذت إجراءات جنائية عن تزويرها أو عن حادث جنائي آخر، أوقف المحكم عمله حتى يصدر فيها حكم نهائي". ولكن كما بينا سابقاً فإنه منذ تاريخ ١٣ مارس ٢٠٢٠ حتى كتابة هذا البحث فإن جميع جلسات المحاكم مؤجلة تأجيلاً إدارياً، انسجاماً مع قرار مجلس الوزراء بتعطيل العمل؛ لذلك يجب هنا على هيئة التحكيم التوقف لحين استئناف عمل المحاكم ليتمكن الخصم من الطعن بالتزوير على الوثيقة، وإلا أدى ذلك إلى الإخلال بحق الدفاع، والإخلال بمبدأ المساواة بين الخصوم ما لم تكن الوثيقة غير مؤثرة في الفصل بالنزاع، ونرى بأن لمحكمة التحكيم سلطة في النظر بمدى

جدية هذا الطعن من عدمه، وذلك من خلال ظاهر المستندات المطعون فيها، لكي لا يؤدي تعسف أحد الخصوم إلى شل فاعلية التحكيم وعرقلته.

رابعاً - القوة الجبرية:

قد تستعين هيئة التحكيم بسماع شاهد أو تلزم الغير بتقديم مستند ضروري يؤثر في حكم التحكيم، ولكن ليس لهيئة التحكيم قوة جبرية بإلزام الشاهد بتقديم شهادته أو إلزام الغير بتقديم مستند ما بحوزته، لذلك نظم نص الفقرة الأخيرة من المادة ١٨٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية هذا الأمر بإيقاف المحكم عن استكمال سير الإجراءات واللجوء إلى رئيس المحكمة المختصة للحكم بالجزاء المقرر قانوناً على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة، أو الحكم بتكليف الغير بإبراز مستند في حوزته يكون ضرورياً للحكم في التحكيم. وبما أن جلسات المحكمة معطلة في ظل جائحة كورونا، فسوف يرتب هذا الأمر تعطيلاً لسير إجراءات التحكيم إن كان تعذر سماع الشاهد أو الحصول على المستند المطلوب في حوزة الغير، ويؤثر فعلاً في الحكم النهائي للنزاع.

خامساً - إيداع الحكم لدى المحكمة المختصة:

تنص المادة ١٨٤ على أن يودع أصل الحكم - ولو كان صادراً بإجراء من إجراءات التحقيق - مع أصل الاتفاق على التحكيم في إدارة كتاب المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع خلال العشرة أيام التالية لصدور الحكم المنهي للخصومة..."، هذا النص يمكن أن يثير إشكالية للتحكيم في ظل جائحة كورونا، وذلك كما بينّا بأن جميع جلسات المحاكم مؤجلة تأجيلاً إدارياً في ظل هذه الأزمة، فهل مدة العشرة أيام تتوقف أم تستمر؟ وإن تم توقيفها، ما هو التكييف القانوني لهذا التوقيف؟ ولكن يجب الإشارة هنا إلى أن التحكيم اختياري، ومن أبرز مزاياه إذا حسنت النوايا أن يتم تنفيذ الأحكام التحكيمية طواعية، فهذا يعتبر أصلاً عاماً ومفترضاً في نظام التحكيم، بحيث لا يتم اللجوء إلى القضاء لتنفيذ الحكم إلا في أضيق الحدود، ففكرة التحكيم وفلسفتها أن تحافظ على العلاقات الودية بين الأطراف وتساعد على استمرارها وازدهارها.

يتضح لنا أخيراً، أن تعطيل مرفق القضاء بسبب هذه جائحة قد يؤثر سلباً في فعالية التحكيم وضمان استمراريته؛ لكونه يعتمد عليه في مسائل عديدة، وخصوصاً في ظل قصور التشريعات الحالية وعجزها عن مواكبة المستجدات ومعالجتها للإشكاليات.

الفرع الثالث
إشكاليات ومعالجات تتعلق بالسلطة التقديرية للمحكم في ضمان استمرارية التحكيم

معلوم أن اتفاق التحكيم إما أن يكون على شكل شرط أو مشارطة تحكيم، فإذا كان اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم بعد حصول الجائحة، وأبرموا مشارطة تحكيم، فهنا وبكل تأكيد سيكون جميع الأطراف وهيئة التحكيم متفقين على طريقة سير إجراءات التحكيم خلال هذه الأزمة، وسيكون بلا شك عن طريق التعامل الإلكتروني، وذلك لاستحالة انعقاد التحكيم التقليدي بسبب الجائحة والإجراءات الاحترازية التي اتخذتها دولة الكويت، ولكن الإشكالية تكمن فيما إذا كان اتفاق الأطراف على التحكيم قبل حدوث الجائحة، وأثناء نظر القضية تحقق المانع القانوني والمادي لانعقاد التحكيم التقليدي وتسبب في عرقلة الإجراءات وعدم إمكانية الاستمرار، فهنا يكون التساؤل حول مدى سلطة المحكم بضمان استمرار نظام التحكيم التقليدي عن طريق الوسائل الإلكترونية، وهذا ما سوف نبينه بالتفصيل فيما يأتي:

أولاً – الفرضية الأولى: موافقة الأطراف ورفض المحكم

في حال أن الأطراف رغبوا في استئناف التحكيم عبر الوسائل الإلكترونية نظراً لتعذر استمرار التحكيم بالطرق التقليدية، ولكن رفض المحكم ذلك، فهنا يحق للأطراف الاتفاق على إلزام المحكم باستئناف عمل التحكيم بالوسائل الإلكترونية، فإن رفض المحكم ذلك، فيمكن للأطراف الاتفاق على عزله، واختيار محكم آخر من ضمن قائمة المحكمين في مركز التحكيم المعني لاستئناف الإجراءات وضمان استمرارية التحكيم، والسند القانوني لأحقية الأطراف بإلزام المحكم على استئناف عمل التحكيم بالوسائل الإلكترونية يعود إلى طبيعية اتفاق التحكيم، فكما بينّا سابقاً، فإن مصدر التحكيم هو إرادة الأطراف ودستور التحكيم هو اتفاق الأطراف، ووضحنا كذلك، بأن من أهم مميزات التحكيم المرونة في الإجراءات، بمعنى أنه يحق للأطراف الاتفاق على جميع القواعد الإجرائية للتحكيم، ولذلك فمن حق الأطراف الاتفاق على استمرارية التحكيم وتحقيق أهدافه عن طريق استخدام الوسائل الإلكترونية، وفي حال رفض المحكم لذلك، فيمكنهم عزله بشرط موافقة الأطراف جميعاً، وذلك وفقاً للمادة ١٧٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

ثانياً – الفرضية الثانية: موافقة المحكم ورفض أحد الأطراف

يثار التساؤل هنا عن مدى إمكانية المحكم استخدام الوسائل الإلكترونية

لاستئناف الإجراءات وضمان استمرارية التحكيم، وذلك عندما يكون أحد الأطراف معترضاً على ذلك ويكون الآخر موافقاً، ففي هذه الحالة، نرى أنه يجب على المحكم أن يبحث عن سبب الاعتراض على استئناف إجراءات التحكيم بالوسائل الإلكترونية، فإذا وجد المحكم بأن سبب الاعتراض مبرر بحيث يؤدي استمرار الإجراءات عبر الوسائل الإلكترونية إلى الإضرار بحق الدفاع وعدم احترام ضمانات التقاضي، كأن تكون مثلاً الوسائل الإلكترونية غير متاحة لهذا الطرف المعترض، أو لا يستطيع إثبات ادعاءاته بالوسائل الإلكترونية لأي سبب كان، أو وجد أي مانع حقيقي ومعتبر تقدره هيئة التحكيم بما لها من سلطات واسعة في هذا الخصوص، فإذا ثبت لها أن الاعتراض مبرر، فلا يمكنها استئناف سير إجراءات التحكيم عبر الوسائل الإلكترونية، لأن قيامه بذلك يؤدي إلى الإخلال بحق الدفاع والإخلال أيضاً بمبدأ المساواة بين الخصوم، مما يؤدي إلى تعرض حكم التحكيم لخطر قابليته للإبطال من قبل المحكمة.

لكن في حال كان الطرف المعترض ليس حسن النية ومتعسفاً برفضه لاستئناف سير إجراءات التحكيم عن طريق الوسائل الإلكترونية، وهنا غالباً ما يكون المحتكم ضده بنية المماطلة بالوقت وعرقلة الإجراءات، فهنا يحق للمحكم بما له من سلطة إدارة الجلسة كالقاضي بأن يعقدها بالكيفية التي يراها مناسبة وملائمة لضمان تحقيق أهداف التحكيم وسرعته في حسم المنازعات. وهذا يكون من خلال استئناف سير الإجراءات بالوسائل الإلكترونية رغم تعسف أحد الأطراف بالاعتراض، بشرط أن يتم احترام حقوق المحتكمين وتحقيق ضمانات التقاضي ومبدأ المواجهة والمساواة بين الخصوم، وأن يكون التحكيم قابلاً للاستمرار دون عوائق قانونية تؤثر سلباً في إجراءاته، وذلك للأسباب التالية:

السبب الأول: استحالة استمرار التحكيم بالطرق التقليدية بسبب القوة القاهرة:

يقصد بالقوة القاهرة الحادث الفجائي الذي يحدث بعد إبرام العقد وقبل أو أثناء تنفيذه، ويؤدي إلى استحالة تنفيذه، ويشترط لتحققها شرطان: الشرط الأول: أن يكون الحادث الفجائي غير ممكن توقعه وقت إبرام العقد، أي أنه إذا أمكن توقعه لا يعتبر قوة قاهرة. والشرط الثاني: استحالة دفعه، بمعنى أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، فلا يكفي أن يكون مرهقاً ولكن يجب أن يكون مستحيلاً[(٨٣)]. وعندما تتحقق شروط

(٨٣) عبد الرزاق أحمد السنهوري، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، ٧٣٧.

القوة القاهرة فهي تغير من الالتزامات المتبادلة بين الطرفين - خلافاً لمبدأ التراضي في العقود - فإما أن تؤدي إلى الإعفاء من الالتزام، أو وقف تنفيذه أو تعديله(٨٤).

سبق أن بيّنا أن مصدر التحكيم هو العلاقة العقدية بين الأطراف والمحكم، ولكن لهذه العلاقة طابعاً خاصاً، يقوم الأطراف بتخويل المحكم ولاية الفصل بالنزاع، وعليه يلتزم المحكم بموجب هذا الاتفاق باستعمال سلطاته التي يمنحها له القانون أو الأطراف بالفصل في النزاع، وبما أن جائحة كورونا والإجراءات الاحترازية التي اتخذتها الكويت وبقية دول العالم، تؤدي حتماً إلى استحالة استمرار التحكيم بالطرق التقليدية، فقد فرض الحظر الكلي بدولة الكويت مما يؤدي إلى استحالة تجمع الأطراف وهيئة التحكيم بمكان واحد، ولكون الاتفاق على التحكيم كان قبل الجائحة، فنرى أنه يمكن للمحكم استئناف إجراءات التحكيم عن طريق الوسائل الإلكترونية كلما أمكن ذلك وتوفر، مع ضرورة عدم الإخلال بحقوق الدفاع وجميع ضمانات التقاضي، وذلك استناداً إلى مبدأ القوة القاهرة الذي نرى أنه يسمح بهذه المكنة، ويستطيع المحكم من خلالها أن يفرض هذه الآلية مع ضرورة ضمان احترام حقوق الأطراف وتحقيق ضمانات التقاضي، لأن من شأن هذا المبدأ تعديل الالتزامات وإعادة ترتيب الموازنات بين الأطراف دون شرط موافقتهم - وذلك عكس مبدأ سلطان الإرادة - بغرض تحقيق العدالة في الظروف القاهرة، ويمكننا هنا، تطبيق الفكرة ذاتها على اتفاق الأطراف مسبقاً على اللجوء إلى نظام التحكيم التقليدي وبعد حصول الأزمة، أصبح نظام التحكيم مهدداً في حال تعسف أحد الخصوم واعترض لعدم وجود اتفاق على التحكيم عن بعد، ولذلك يأتي مبدأ القوة القاهرة وبهدف ضمان استمرار المنظومة التحكيمية وعدم عرقلتها، وبغرض تسهيل مهمة استكمال الإجراءات الهادفة إلى سرعة حسم النزاع، علماً بأنها دون تعديل لأي التزامات حقيقية في موضوع الدعوى، ولا يترتب عليها أية أضرار للطرف المعترض، باعتبارها فقط تعديلاً في آليات ووسائل وليس في التزامات وحقوق، وخصوصاً في حال تم احترام جميع ضمانات التقاضي. وتجدر الإشارة إلى أن إعطاء المحكم هذه السلطة في جائحة كورونا يتوافق فعلاً مع فلسفة التحكيم ذاتها، ويتلاءم كذلك مع ظروف هذه الأزمة التي تستوجب التباعد الجسدي وتتطلب عدم الاحتكاك المباشر، إضافةً إلى توافر وسائل الإنترنت وسهولتها ومرونتها لظروف الجميع.

---

(٨٤) السنهوري، مرجع سابق، ص٤٤٠.

السبب الثاني: عمل المحكم عمل قضائي:

يتجه الفقه الإجرائي الحديث[٨٥] وأحكام القضاء أيضاً[٨٦] إلى أن التحكيم عبارة عن عمل قضائي، وإن كان مصدر هذا العمل هو اتفاق الأطراف باعتبار أن المحكم يستجمع خصائص العمل القضائي من وجود ادعاء بالحق، ونزاع بين الخصوم حول تطبيق أو تفسير اتفاق معين، وصلاحية الفصل بهذا النزاع[٨٧]. وقد أعطى هذا التوجه الحديث باعتبار عمل المحكم عملاً قضائياً صلاحية للمحكم بالفصل بمسائل معينة خارج نطاق اتفاق الأطراف، ولعل أبرز مثال على ذلك، ما يسمى بمبدأ الاختصاص بالاختصاص الذي سبق بيانه بالمبحث الأول، وهو صلاحية المحكم بالفصل في المنازعات المتعلقة بأصل سلطة المحكم ونطاقها، أي المتعلقة بصحة اتفاق التحكيم الذي بموجبه أصبح للمحكم صلاحية بالفصل بالنزاع سواء أكان هذا الاتفاق شرط تحكيم أم مشارطة تحكيم.

في السابق كانت التشريعات الوطنية وتوجه القضاء يرفض هذا الأمر باعتبار تغليب الطابع التعاقدي على الطابع القضائي على عمل المحكم، وبالتالي ليس للمحكم الاختصاص بالفصل بنزاع يتعلق بصحة صلاحيته أو نطاقها، وإذا ما تمت إثارة هذه المسألة أمام المحكم يستوجب عليه وقف إجراءات التحكيم وترك الفصل بهذه المسألة للمحكمة المختصة[٨٨]. ولكن بعد التطورات التي حصلت بتكييف عمل المحكم واعتبار وظيفته قضائية والعزوف عن النظرية التعاقدية، بدأت التشريعات الحديثة والأحكام

(٨٥) عزمي عبد الفتاح، المرجع سابق، ص ٣٨: فتحي والي، المرجع السابق، ص٣٧، وانظر أيضاً: محمد كامل ليلة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، ١٩٨٥: أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات ١٩٦٥.

(٨٦) حكم محكمة التمييز الكويتية رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٥ تجاري منشور بمجموعة القواعد القانونية التي قررتها دائرة التمييز في المدة من ١٩٧٢/١١/١ إلى ١٩٧٩/١٠/١ صدرت عن المكتب الفني بمحكمة الاستئناف العليا ص٩١، الحكم تم اقتباسه من المرجع السابق عزمي عبد الفتاح، ص٤٠: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية جلسة ٢٠٠٣/٥/١١ . القضية رقم ٣٨٠ لسنة ٢٣ق. دستورية وردت عبارة "ليؤول التحكيم إلى وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في نزاع؛ وأيضاً وردت هذه العبارة بالمحكمة نفسها في جلسة ١٩٩٩/٧/٣ القضية رقم ١٠٤ لسنة ٢٠ق. دستورية. وأيضاً وردت في حكمها في جلسة ٢٠٠٣/١١/٢ في القضية رقم ١١٤ لسنة ٢٤ق. دستورية، الأحكام تم اقتباسها من المرجع السابق فتحي والي، ص٣٨.

(٨٧) عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص٣٩.

(٨٨) عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص١٥٦.

القضائية تعطي للمحكم الاختصاص بالفصل بصحة عقد التحكيم ونطاقه، وذلك من منطلق أن وظيفة المحكم وظيفة قضائية، وبما أن القاضي يملك سلطة التحقق من اختصاصه فإذاً للمحكم أيضاً السلطة بالفصل باختصاصه هو أيضاً(٨٩).

إضافةً إلى ذلك، كان يمتنع في السابق على المحكم أن يتمتع بسلطة اتخاذ إجراءات وتدابير مستعجلة أو تحفظية، لكن مع التطورات الحديثة وبهدف ضمان زيادة فعالية المنظومة التحكيمية تم الاعتراف في أغلب قوانين دول العالم ولوائح مراكز ومؤسسات التحكيم للمحكم بسلطة اتخاذ الإجراءات والتدابير التحفظية والوقتية، وذلك لأنه الأقدر على تقدير ملاءمة اتخاذ مثل هذه الإجراءات الخاصة، ولكونه يملك الفصل نهائياً في موضوع النزاع، ولما يحققه ذلك من توافق مع فلسفة التحكيم التي تقوم على توفير الوقت وسرعة حسم النزاع مع الاقتصاد في النفقات(٩٠).

وبالرجوع إلى سلطة المحكم باستئناف إجراءات التحكيم عن طريق استخدام الوسائل الإلكترونية رغم اعتراض أحد الأطراف، فمن الممكن الاعتراف للمحكم بهذه السلطة، وأنها تعتبر إحدى الجوانب التي أفرزتها جائحة كورونا وتستدعي الوقوف عندها لتطويرها كما سبق من تطوير لسلطة المحكم في الفصل باختصاصه واتخاذ التدابير المستعجلة حيث كانت ممنوعة ثم أصبحت من سلطاته في الوقت الراهن، إضافةً إلى أن هذه السلطة تجد سندها القانوني وأساسها في النظرية القضائية للمحكم، وبحكم أن المحكم كالقاضي فإنه يتمتع بسلطة إدارة جلسة التحكيم على الشكل الذي يحقق الهدف والغاية منه، فيمكننا إذاً اعتبار عمل المحكم عملاً قضائياً، فلا يوجد ما يمنع من إعطاء المحكم الصلاحية ببحث إمكانية ضمان استمرارية نظام التحكيم بالوسائل الإلكترونية، وبشرط جوهري وهو أن لا تخل بحق الدفاع وبمبدأ المساواة بين الخصوم.

السبب الثالث: توقف التحكيم يتنافى مع خصائص التحكيم الرئيسية وفلسفته:

بما أن التحكيم عقد، فإنه يرتب التزامات على عاتق الأطراف، ومن أهم هذه الالتزامات الضامنة لاستمرارية المنظومة التحكيمية، التزام الأطراف بالتعاون مع المحكمة التحكيمية لحسن سير الخصومة وضمان نجاح مهمة محكمة التحكيم حتى

(٨٩) للمزيد من التفصيل انظر: عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص١٥٧و أنور علي أحمد الطشي، مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.

(٩٠) B. Goldman, Mesures provisoires et arbitrage international, Rev.dr.aff.Int, 1993,p.3 et s.

تستطيع في النهاية إصدار الحكم والوصول إلى العدالة التحكيمية الناجزة التي ابتغاها الأطراف وارتضوها عند اتفاقهم على اللجوء إليها[٩١]، ومن جانب آخر، نجد أن محكمة التحكيم ملزمة بأداء عملها بأفضل الإمكانيات، ولكنها أحياناً تجد أنها بحاجة إلى اتخاذ بعض التصرفات الضرورية وذلك لضمان تنفيذ عملها، ومن هنا تستمد محكمة التحكيم بعض الصلاحيات والسلطات لحسن إدارة جلسة القضية واختيار أفضل الوسائل والطرق التي تراها لسرعة الفصل في المنازعات بشرط تحقيق ضمانات التقاضي واحترام مبدأ المواجهة، وهذا الالتزام يعتبر التزاماً ببذل العناية، بحيث يقع على عاتقه القيام بكل جهد وبشتى السبل والإمكانيات المتاحة، بحيث لا يترتب على ذلك ضرر لأحد الخصوم. وبلا شك فهذا الالتزام يعزز من فعالية التحكيم، ويحرره من القيود القانونية والتعقيدات الشكلية، لما يتمتع به من المرونة والسرعة في الإجراءات والتكلفة القليلة، وعليه فلا يمكن القبول بأن تعسف أحد الخصوم واعتراضه غير المبرر باستخدام الوسائل الإلكترونية يؤدي إلى تعطيل الإجراءات وشل فعالية التحكيم، والقول بغير ذلك يسيء لهذه المنظومة، ويتنافى مع فلسفتها ويتعارض مع مرونتها، ويتسبب حتماً في إهدار الوقت وضياع الجهد، وبالتالي يفرغ التحكيم من محتواه وأنه وسيلة فعّالة بديلة عن القضاء.

- معالجة إشكالية المادة الرابعة من القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ في شأن المعاملات الإلكترونية

تنص المادة الرابعة من قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي على أن: "لا يلتزم أي شخص بقبول التعامل بالوسائل الإلكترونية بدون موافقته، وتستنتج موافقة الشخص من سلوكه الإيجابي الذي لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على موافقته"، هذه المادة من الممكن أن تسبب إشكالية حقيقية على مسألة استئناف عمل المحكم عبر الوسائل الإلكترونية مع وجود رفض أحد الأطراف؛ وذلك لأن المادة الرابعة تنص صراحة على اشتراط موافقة الطرف إما صراحة أو ضمناً على التعامل الإلكتروني، ولكن من الممكن تفادي هذه الإشكالية عن طريق تطبيق نظرية القوة القاهرة على المسائل الإجرائية. وقد بيّنا سابقاً أن نظرية القوة القاهرة تطبق على

(٩١) محمد مرسي، أثر الإفلاس على عقد المحكم بين الآثار السلبية للإفلاس وحماية الأمان القانوني لمنظومة التحكيم الحر، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد ٢ - سنة ٤١ - يونيو ٢٠١٧، ص٢٣٣.

الالتزامات العقدية بين الأطراف، وهذا أصل وجود النظرية[٩٢]، ولكن بدأ يتسع تطبيق النظرية ليشمل المسائل الإجرائية والإدارية كذلك[٩٣]، وبما أن جائحة كورونا والإجراءات التي اتخذتها دولة الكويت وغالبية دول العالم لمواجهة هذه الجائحة كما بيّنا شكلت قوة قاهرة أدت إلى استحالة استمرار التحكيم بالطرق التقليدية، وعلى هذا فإنه من الممكن تطبيق نظرية القوة القاهرة على الإجراءات من خلال عدم اشتراط موافقة الطرف الآخر (المتعسف) باستئناف عمل التحكيم بوسائل إلكترونية؛ وذلك لاستحالة استمرار التحكيم بالطرق العادية. إضافة إلى ذلك، فإن التحكيم منظم وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية، وقد خلا هذا القانون من تنظيم مسائل التحكيم الإلكتروني، ولذلك لا نقبل أن يكون نص المادة الرابعة الواردة بقانون المعاملات الإلكترونية حجر عثرة على استمرارية نظام التحكيم، وشلاً لفاعليته، وإهداراً لفلسفته القائمة على المرونة في الإجراءات والسرعة في حسم النزاعات.

ثالثاً – الفرضية الثالثة: موافقة المحكم ورفض جميع الأطراف

الفرضية الأخيرة التي يمكن أن تواجه الأطراف والمحكم أو هيئة التحكيم، هي رغبة المحكم باستئناف عمل التحكيم عن طريق الوسائل الإلكترونية لكن مع رفض جميع الأطراف ذلك، ففي هذه الحالة لا يمكن للمحكم استئناف عمل التحكيم حتى مع الأخذ بالنظرية القضائية لعمل المحكم السالفة الذكر؛ وذلك لأنه وإن كان من الممكن اعتبار عمل المحكم عملاً قضائياً إلا أن مصدر هذا العمل هو اتفاق الأطراف، فإن قام المحكم بإجراء معين لا يتوافق مع إرادة جميع الأطراف فمن الممكن للأطراف هنا الاتفاق على عزله وفقاً للإجراءات المنصوص عليها بالقانون، وبالتالي إن رفض جميع الأطراف استئناف إجراءات التحكيم عن طريق الوسائل الإلكترونية، فعلى المحكم هنا إيقاف عمل التحكيم حتى يزول العائق من استمرار التحكيم التقليدي، وبعد ذلك يتم استئناف إجراءات التحكيم وفقاً لرغبة الأطراف واتفاقهم.

يتبين لنا هنا من هذا المطلب أن جائحة كورونا أظهرت إشكاليات عديدة على إجراءات التحكيم التقليدي، بعض هذه الإجراءات يمكن تفاديها عن طريق استخدام

---

(٩٢) السنهوري، المرجع السابق، ص ٧٣٥.

(٩٣) انظر: حكم المحكمة الجنائية اللبنانية الصادر بتاريخ ١٥ إبريل ٢٠٢٠ من قبل قاضي التحقيق داني الزعني، حيث طبق القاضي نظرية القوة القاهرة على الإجراءات الجزائية، تم الاطلاع على فقرات من الحكم من قبل "مجلة محكمة" عن طريق الرابط الإلكتروني http://www.mahkama.net/?p=20093 بتاريخ ٢٧ مايو ٢٠١٩.

الوسائل الإلكترونية، وبعضها الآخر يمكن التغلب عليها بالاستعانة بالنظريات العامة بالقانون كالقوة القاهرة التي تسوغ للمحكم اللجوء إلى الوسائل الإلكترونية في حالة تعسف أحد الأطراف بالرفض، ولكن أيضاً وجدنا أن هناك إشكاليات أنتجتها جائحة كورونا من الصعوبة مواجهتها في ظل التشريعات الحالية مثل تعطل القضاء الذي يعتمد التحكيم التقليدي عليه بشكل أساسي لضمان استمراريته.

المطلب الثاني
الآفاق التطويرية لبناء منظومة تحكيمية أكثر فعالية وقدرة على مواجهة الأزمات

المفترض على الأنظمة التحكيمية، أن تواكب كل هو متجدد، وخصوصاً مع تطورات شبكة الإنترنت في دعمها لإجراءات التحكيم(٩٤)، فعليها استغلال الفرص واستثمارها وتسخير جميع الإمكانيات والأدوات والمهارات، فالقانون وقت الأزمات والنوازل يجب أن يتكيّف بإيجاد أفضل الحلول والوسائل لمواجهة الأزمات، وخصوصاً في ظل هذه الجائحة التي أبرزت العديد من الإشكاليات القانونية التي تستدعي التدخل السريع لإعادة الموازنات واستقرار المعاملات، وخصوصاً في ظل غياب العدالة القضائية؛ ولذلك يجب أن يكون شعار مراكز ومؤسسات التحكيم اليوم، هو المرونة والانفتاح، فلا توجد في البدايات حلول جاهزة ومتكاملة، لكن علينا التأقلم مع الظروف والانفتاح على حلول الآخرين والاستفادة منها(٩٥). مع تقديم القليل من التنازلات، فليس المهم توقع نتائج مثالية سريعة، لكن الأهم هو تحقيق الهدف الاستراتيجي وهو المحافظة على استمرارية المنظومة التحكيمية وضمان فعاليتها في ظل هذه الجائحة التي عطلّت الكويت لفترة معينة بشكل شامل، ولا نعلم متى تنتهي آثارها وتبعاتها، ولذلك لا يمكن قبول أن تبقى المنازعات معلقة إلى ما لا نهاية بسبب تعطل القضاء في هذه الظروف، وعليه فلا يمكن القبول بوقف التحكيم لتعارضه مع فلسفته القائم عليها، ولذلك فإنه من الضروري الاستفادة من هذه الأزمة، والخروج بإنجازات تشريعية تصب في تفعيل هذه المنظومة، حيث أضحى الرهان عليها قوياً لقدرتها على توفير المناخ القانوني المرن وتلبية جميع الاحتياجات، والتأقلم مع كل الظروف،

---

(٩٤) G. Decocq, "Linfluence dInternet sur la pratique de larbitrage?", Rev. arb. 2012, p. 769.

(٩٥) أحمد أورفلي، حلقة نقاشية بعنوان: إشكاليات نظر دعاوى التحكيم في ظل جائحة كورونا، تنظيم مركز الكويت للتحكيم التجاري، الاثنين بتاريخ ١١ مايو ٢٠٢٠.

والتصدي لكل المعوقات، بهدف تحقيق المصالح القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وكل ذلك بلا شك يتطلب تكريس الجهود وتكاتفها لمواجهة هذه التحديات لنعيد لهذه المنظومة اعتبارها بضمان استمرارها وتحقيق أهدافها.

الفرع الأول

أسس فعالية المنظومة التحكيمية الإلكترونية وفلسفتها الخاصة في حسم المنازعات

تقوم المنظومة التحكيمية على أسس ومبادئ راسخة، وقابليتها للتطوير وملاءمتها للظروف تعتبر من أبرز المزايا والأسس التي تتمتع بها؛ ولذلك فهي أجدر منظومة قانونية تستشرف المستقبل وتتطلع إلى كل ما هو جديد، ولهذا السبب نجدها في سباق مع التطور، ومن أبرز مظاهر تطورها في الآونة الأخيرة ظهور التحكيم الإلكتروني ليعطي فعالية أكبر في حسم المنازعات.

فإذا كان التحكيم التقليدي يلعب دوراً محورياً في حسم المنازعات، فإن تعزيزه بتقنيات حديثة يجعل منه أكثر فعالية وقدرة على مواجهة كافة التحديات والصعوبات.

أولاً – ماهية التحكيم الإلكتروني وإرهاصات تطوره:

يعتبر التحكيم الإكتروني أحد ثمرات ثورة التكنولوجيا، وبسبب حداثته فإن الفقهاء لم يحددوا طبيعته القانونية فيما إذا كان كالتحكيم التقليدي ولا يختلف عنه إلا من حيث الوسيلة[٩٦]، أم أنه نظام قانوني قائم بذاته[٩٧]. وعليه فإن التحكيم الإلكتروني لا يكون إلكترونياً كمنظومة إلا إذا تم بأكمله عن طريق الوسيلة الإلكترونية، إذ ينبغي أن يبدأ التحكيم باتفاق تحكيم إلكتروني، ويمر بإجراءات تتم بوسائل الاتصالات الحديثة، فلا يلتقي الأطراف مع المحكم والمحكمين مادياً، ولا يوجد انعقاد جلسات حضورياً، ثم في النهاية يصدر الحكم إلكترونياً[٩٨]. ولذلك يعرّف التحكيم الإلكتروني بأنه التحكيم الذي تتم كل إجراءاته عبر شبكة الإنترنت، وفق قواعد خاصة

---

(٩٦) W. Alwafi,La dématérialisation de l’arbitrage pour le règlement des différends du e-commerce international, Sous la direction de Catherine Ginestet, Thèse,?-cole doctorale Droit et Science Politique, université de Toulouse 1, 2017. P.18.

(٩٧) ٢٠٠٩، ص٨. يوسف شندي، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني – دراسة مقارنة –، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية

(٩٨) أحمد الطروانة وحمد الحجايا، التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق، عدد١، مجلد ٢،٢٠٠٣، ص٢٠٧

دون الحاجة إلى التقاء أطراف النزاع في مكان معين(٩٩)، فهو وإن كان يرتكز على مبدأ سلطان الإرادة، باعتباره امتداداً للتحكيم التقليدي، لكنه لا يستمد شرعيته فقط من اتفاق الأطراف، وإنما لا بد من تضافر جهود المنظمات العالمية والإقليمية للاعتراف به وبلورة قواعده وتنظيم أحكامه لضمان فعاليته وتحقيق نتائجه وتنفيذه.

واستجابة للتطورات التكنولوجيا في الآونة الأخيرة، برزت العديد من المحاولات والمبادرات من قبل بعض الاتحادات والتنظيمات الاقتصادية والمنظمات المهنية، للاستفادة من الإمكانيات والمزايا التي تتيحها الوسائل الإلكترونية، وخصوصاً في مجال فض المنازعات، وقد أسهمت فعلاً في تطوير وتفعيل نظام التحكيم الإلكتروني وإيجاد إطار قانوني لتنظيم أحكامه.

ومن أبرز الجهود في هذا، ما قام به الاتحاد الأوروبي من إصدار قوانين تسمح للأطراف باللجوء إلى التحكيم الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت، فأعطى للدول الأعضاء الحق في حالة وجود نزاع بين مقدمي خدمة المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية هذه النزاعات خارج أروقة المحاكم، وباستخدام الوسائل الإلكترونية(١٠٠)، كما وجه الدول الأعضاء إلى عدم وضع عقبات قانونية في التشريعات الداخلية تحول دون استخدام وسائل لحسم المنازعات إلكترونياً بعيداً عن القضاء(١٠١).

وكذلك نجد أن القانون النموذجي الخاص بالتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ يهدف إلى مساعدة الدول على تطوير قوانينها المتعلقة بإجراءات التحكيم، وعليه فقد أوصت الجمعية العامة بضرورة أن تكون الممارسات الحالية للتحكيم متوافقة مع وسائل التعاقد الحديثة، حيث اعتمدت الأونيسترال في عام ٢٠٠٦ تعديلات خاصة على بعض المواد لتعزيز ذلك(١٠٢).

وأسهمت المنظمة العالمية للملكية الفكرية أيضاً إسهامات عديدة في تفعيل وتطوير

---

(٩٩) عصام مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص٤٢

(١٠٠) المادة ١٧ من التوجيه رقم ٣١\٢٠٠٠ والمسمى بتوجيه التجارة الإلكترونية.

(١٠١) نصت المادة رقم ١ من التوجيه الأوروبي رقم ٣١/ ٢٠٠٠ والمعني بالمظاهر القانونية لخدمة مجتمع المعلومات والتجارة الإلكترونية على أن: (تسمح الدول الأعضاء لموردي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية منازعاتهم بعيداً عن المحاكم وباستخدام وسائل التكنولوجيا في العالم الإلكتروني، وفي مجتمع المعلومات في حسم المنازعات).

(١٠٢) حيث حدثت الشرط الخاص بشكل اتفاق التحكيم لكي يتوافق مع ممارسات العقود الدولية بشكل أفضل من خلال الاعتراف له باستخدام وسائل التكنولوجيا.

نظام التحكيم الخاص بالتجارة الإلكترونية بخصوص تنظيم المنازعات الخاصة بالإنترنت، ووضعت مجموعة من الحلول للتغلب على الكثير من الصعوبات(١٠٣).

ومن الجدير بالذكر أن التجربة الأولى لحسم المنازعات إلكترونياً، برزت كفكرة من قبل أساتذة مركز القانون وأمن المعلومات بالولايات المتحدة الأمريكية في مشروع القاضي الافتراضي عام ١٩٩٦، ومن ثم تبنت جمعية المحكمين الأمريكية هذا النظام، وأول حكم صدر كان في قضية: (Tierny and E.Mail America) بتاريخ ٨ مايو ١٩٩٦(١٠٤)، ودعم هذا النظام معهد قانون الفضاء والمركز الوطني لأبحاث المعلوماتية الأمريكي، واكتملت فكرة حسم المنازعات إلكترونياً بإنشاء المحكمة الافتراضية في كلية الحقوق بجامعة مونتريال بكندا في سبتمبر ١٩٩٦(١٠٥)، فوفقاً لها فإن كافة الإجراءات تكون إلكترونياً على الموقع الرسمي، بداية من طلب حسم النزاع ومروراً بكافة الإجراءات وانتهاء بصدور الحكم، ووضعه على الموقع الإلكتروني للمحكمة(١٠٦).

فالواقع أن التحكيم الإلكتروني اليوم أصبح حقيقة وواقعاً في كل العالم، ولذلك نجد الكثير من الدول والمؤسسات استغلت الفرصة وعملت على تطوير تشريعاتها لمواكبة المستجدات السريعة وخصوصاً في المجال التكنولوجي، وبالتالي أصبح ذلك جزءاً من أنظمتها القانونية، وعلى الجانب الآخر نلاحظ أن عدداً من الدول والمؤسسات بحاجة إلى معالجات تشريعية وخطوات تطويرية للاستفادة من المزايا العديدة التي تقدمها الوسائل التكنولوجيا الحديثة.

ثانياً – أثر التطورات التكنولوجية في فعالية المنظومة التحكيمية:

يستمد التحكيم الإلكتروني مزاياه من مزايا التحكيم ذاته، إضافة إلى مزايا خاصة به تتناسب مع طبيعته، وخصوصاً في ظل جائحة كورونا، حيث إنه يستند على أساس جوهري يتمثل في حتمية تكيّفه مع المستجدات ومواجهته للمعوقات لضمان استمراريته وأداء دوره المأمول في ظل هذه الأزمة، وذلك من خلال منحه الحرية

---

(١٠٣) للاطلاع والاستزادة انظر: الموقع الرسمي للمنظمة العالمية للملكية الفكرية، https://www.wipo.int/portal/ar/

(١٠٤) محمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٣٨٦.

(١٠٥) صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

(١٠٦) انظر: لائحة تحكيم المحكمة الإلكترونية ٢٠ ديسمبر ٢٠٠٥.

الكاملة لممارسة التحكيم دون قيود وعوائق مادية، فآلية تعيين المحكم، وطريقة المرافعات، وتقديم الدفاع والمستندات، وكيفية أداء الشهادة وبيان الأدلة، وإجراء المداولة، وأخيراً إصدار الحكم، كلها تتم بالتكنولوجيا عبر الوسائل الإلكترونية(١٠٧)، مما يعزز فعلاً مبدأ السرعة بشكل أفضل من التحكيم التقليدي، لإمكانية تحديد مواعيد أقصر لنظر النزاع، لكونه لا يتطلب الانتقال والانتظار، وإمكانية الاتفاق أيضاً على وضع وقت زمني قصير لصدور الحكم وبشكل يتناسب مع إرادة الأطراف وما تتطلبه طبيعة المنازعات من ضرورة سرعة الفصل فيها(١٠٨).

ومن هنا تأتي فعالية التحكيم الإلكتروني بحكم المزايا التي يتمتع بها، فهو يقرب المسافات بين مختلف الأعراق والثقافات وتباعد الأماكن والإقامات، وكذلك بالنسبة للشهود والخبراء فلا يلزم وجودهم المادي، إضافة إلى أن الإنترنت يعتبر مكاناً محايداً للأطراف لعرض النزاع(١٠٩)، ويسهم في تقليص حجم الرسوم والنفقات وخفض التكاليف لعدم الحاجة للسفر والتنقل؛ إذ يوفر مصاريف الإقامة في الفنادق وحجوزات الطيران ووسائل المواصلات، إضافة إلى حسمه للمنازعات في مدة قصيرة(١١٠) لسرعته وملاءمته لكونه متاحاً على مدار اليوم والأسبوع، فيمكن للأطراف إرسال البريد الإلكتروني أو الاتصال في أي وقت، ويسمح كذلك للأطراف والمحكمين بالتواصل بشكل مباشر دون الوجود فعلياً بنفس المكان(١١١)، ويتميز التحكيم الإلكتروني بحكم ما تقدمه التكنولوجيا من تسهيل عمليات الحفظ والاسترجاع للمعلومات المخزنة، والبحث عن المعلومات بسرعة فائقة عن طريق قواعد البيانات، وإمكانية تعديل الأخطاء والمعلومات بسلاسة(١١٢).

---

(١٠٧) O. Cachard, "Les modes électroniques de règlement des litiges (MERL)", Communication commerce électronique, décembre, chronique, 2003, N°531, p.326.

(١٠٨) Benyekhlef, Karim et Fabien Gélinas, Le règlement en ligne des conflits. Enjeux de la cyberjustice, Paris,?ditions Romillat, 2003, p108 et s.

(١٠٩) محمد الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٦، ص٩٣.

(١١٠) Philippe Gillieron: FROM FACE-TO-FACE TO SCREEN-TO-SCREEN REAL HOPE OR TRUE FALLACY? P. 10, http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=philippe_gillieron, 15/9/2008.

(١١١) Isabelle Manevy: Online dispute resolution: what future? P. 46, http://www.ombuds.org/cyberweek2002/manevy_odr01.pdf, 23/9/2008.

(١١٢) نصير سويلم، مدى تحقق الشروط المطلوبة في التحكيم التقليدي في ظل التحكيم الإلكتروني www.arablawinfo.com

ونستطيع القول بأن التحكيم الإلكتروني هو أفضل وسيلة تتناسب نظرياً وعملياً مع الفلسفة الأساسية التي ترتكز عليها المنظومة التحكيمية لضمان استمراريتها وتحقيقها لأهدافها في حسمها للمنازعات، وخصوصاً في ظل جائحة كورونا، التي تتطلب الابتعاد الجسدي وعدم الاحتكاك بين الأطراف، إضافة إلى عدم وجود ما يستوجب فعلاً، التوقف والتعطل حال التعامل عبر الوسائل الإلكترونية[١١٣] على عكس عمل المؤسسات الرسمية التقليدية.

الفرع الثاني
الإشكاليات التي تعترض التحكيم الإلكتروني وآليات التصدي لها وضمان تفعيله

من غير المتصور وجود وسائل حديثة، وخصوصاً إذا تعلقت بالتكنولوجيا، وأخذت أبعاداً دولية وتوسعت في جميع قارات العالم والجميع يتعامل بها، دون أن تتعرض لإشكاليات قانونية وعقبات تطبيقية وصعوبات عملية، وهذا الواقع ينطبق على المنظومة التحكيمية الإلكترونية باعتبارها حديثة نسبياً ومازالت في طور التطور وتتطلب المزيد، ولذلك فهي مازالت تعاني من بعض المعوقات التي ينبغي التصدي لها ومعالجتها لضمان تحقيق الفاعلية الكبرى لهذه المنظومة عن طريق التفكير في كيفية تعزيز فعاليتها من خلال تقديم وعرض مجموعة من الاقتراحات والحلول لتطوير قانون التحكيم وفق استراتيجية علمية وعملية تتوافق مع تحديات العصر.

أولاً – صعوبات وعقبات تعترض تطور التحكيم الإلكتروني:

على الرغم من كل المزايا التي يتمتع بها التحكيم الإلكتروني، فإن غياب نظام قانوني خاص لمنظومته يجعلها تخضع لقوانين وطنية تختلف ولا تتناسب معها، ولا يمكن تطبيق قواعد التحكيم التقليدي عليها[١١٤]. ولذلك فهي تواجه مجموعة من الصعوبات والتحديات في الجوانب العملية والإجرائية منذ بدء الاتفاق حتى صدور حكم التحكيم الإلكتروني[١١٥]، وبسبب عدم ملاءمة أغلب التشريعات الوطنية للتحكيم

(١١٣) بلال بدوي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد ١، مصر، ٢٠٠٦، ص٢٣.

(١١٤) هبة عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية – دراسة مقارنة – منشورات زين الحقوقية، بغداد، ٢٠١١، ص٣١٠.

(١١٥) انظر: كريم محجوبة، التحكيم الإلكتروني ودوره في حل منازعات التجارة الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولاي الطاهر - سعيدة - ٢٠١٥، ص ٨٩ وما بعدها.

الإلكتروني، وضعف مواكبة نظمها القانونية للتطورات التكنولوجية، وكذلك جمود قواعدها القانونية من الاعتراف بإجراءات التحكيم بوسائل إلكترونية، وتظهر الإشكالية أكثر في الدول التي تعتمد على استخدام المستندات والوثائق الورقية وتستوجب الحضور المادي والشخصي للأطراف.

وبسبب غياب النظام الخاص لهذه المنظومة سيظهر لنا العديد من التساؤلات التي تثير في الحقيقة إشكالية في كيفية التعامل معها وبشكل قد يؤثر على فعاليتها وضمان استمراريتها، ومن بين هذه التساؤلات، كيفية التأكد من أهلية المتحاكمين، وكيفية التعامل مع القيود الشكلية والمفروضة قانوناً على الأطراف، وماهية التغلب على بعض العوائق الإجرائية المتعلقة بالإخطارات عبر البريد الإلكتروني، وكيفية تحديد وقت وصول الإخطار ووقت ومكان صدور الأحكام، وخصوصاً في ظل اختلاف الأوقات والأماكن بين الأطراف، وما آلية طرق الإثبات؟ ومدى سلطة محكمة التحكيم الإلكتروني بإلزام القضاء الوطني لدولة المنفذ عليه تطبيق التدابير الوقتية والتحفظية(١١٦)، وكيفية ضمان مبدأ السرية، باعتباره من أبرز التحديات، لأن صيانة وحفظ سرية التحكيم تعتبر شرطاً جوهرياً، لكن يبقى الاختراق والتطفل وارداً في محيط التعاملات الإلكترونية، حيث يحصل الأطراف على كلمة مرور تخولهم البدء باتخاذ إجراءات المرافعة إلى حين صدور الحكم(١١٧).

ومن الصعوبات التي تعترض تطور التحكيم الإلكتروني وتؤثر في تنفيذه درجة قوة استخدام التكنولوجيا وتوفرها بين الدول المتقدمة والدول الأخرى، ومن الوارد أيضاً أن توجد هذه الإشكالية داخل الدولة الواحدة بحيث يختلف مستوى قوة الاتصالات عبر الإنترنت من منطقة لأخرى، وهذا بلا شك سوف يؤثر حتماً في حق المواجهة وتحقيق ضمانات التقاضي، ومن المتصور كذلك أن يواجه التحكيم الإلكتروني صعوبات أكثر، وعوائق أشد، في التطبيق والممارسة العملية في الدول غير المتطورة(١١٨). وثمة كذلك تحدٍّ مهم في كيفية التصدي لانتشار الفيروسات والرسائل غير المرغوب فيها والمزعجة، مما يسبب أضراراً وتخوفات كبيرة للمحتكمين وأجهزتهم التكنولوجية(١١٩).

---

(١١٦) انظر في ذلك: بوديسة كريم، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٢، ص١٠٨.

(١١٧) انظر: محمد أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الإنترنت، عمان، الدار العلمية، ٢٠٠٢، ص٦٦.

(١١٨) يوسف شندي، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني -دراسة مقارنة- مرجع سابق- ص ١٩ وما بعدها.

(١١٩) حمادوش أنيسة، خصوصية التحكيم الإلكتروني في حل المنازعات التجارية الإلكترونية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة، ٢٠١٧، ص ٢٣٢.

نتطرق لمناقشة بعض الإشكالات القانونية المتعلقة بالتحكيم الإلكتروني، وتتمثل في تحديد مكان التحكيم، حيث لا موطن للتحكيم الإلكتروني كما تم بيانه بالمطلب الأول من هذا المبحث، وأهمية المكان تأتي لاعتبارات قانونية مهمة كمعرفة القوانين الواجبة التطبيق، والقاضي المختص بمساعدة محكمة التحكيم، وهل حكم التحكيم قابل للاستئناف، باعتبار وجود تمييز بين التحكيم الوطني والدولي، وفي الحقيقة، فإن حل هذه الإشكالية يكون ابتداء باتفاق الأطراف وتحديد مكان التحكيم في العقد المبرم بينهم(١٢٠) واللجوء إلى القوانين الوطنية كما سبق بيانه، لكن الحل الأمثل لهذه الإشكالية هو التعاون الدولي بتوحيد القواعد المنظمة لتحديد مكان حكم التحكيم عن طريق اتفاقية دولية، ويتم بموجبها تحديد مكان التحكيم في المنازعات عبر الوسائل الإلكترونية(١٢١).

وبخصوص ما يتعلق باحترام مبدأ المواجهة، نتساءل عن مدى احترام التحكيم الإلكتروني للمبادئ الأساسية في التقاضي ومن أبرزها حق الدفاع والمواجهة، وهل المواجهة تتطلب الحضور المادي أو الفيزيائي؟

في الحقيقة هو موجود ولا إشكال في ذلك، والتحكيم الإلكتروني يوفر الضمانات الأساسية للتقاضي ويحترمها(١٢٢)، وعدم وجود الخصوم في مكان واحد لا يخل بهذا المبدأ.

وفيما يتعلق بإشكالية القانون الواجب التطبيق على موضوع وإجراءات التحكيم الإلكتروني، فهي خاضعة لمبدأ سلطان الإرادة، لكن إذا لم يتم تحديد القانون، فالحل إذا كان التحكيم مؤسسياً، فلا يضر لأن المركز يملك لوائح تنظيمية للإجراءات ذات الجودة تحقق الهدف، لكن تثار الإشكالية إذا كانت لائحة المركز لا تنظم الإجراءات الإلكترونية، فما هو القانون الواجب التطبيق؟ فهنا يلزم على الهيئة أن تقوم بتحديده وفقاً لقانون الدولة التي يجري فيها التحكيم، وضرورة اعتماد توقيت عالمي موحد لكي تتحدد به المواعيد عند السير في إجراءات التحكيم، أما فيما يتعلق بموضوع التحكيم، فيكون طبقاً لاختيار الأطراف، وفي حال عدم الاتفاق، فإن محكمة التحكيم تطبق القانون أو القواعد القانونية ما تعتبره أنسب، مع مراعاة الأعراف التجارية السائدة،

---

(١٢٠) G. Kaufmann-koheler, Le lieu de l’arbitrage à lune de la mondialisation, R.A, 1998, p.518.

(١٢١) أنور الفزيع، حلقة نقاشية بعنوان: الآليات الحديثة للتحكيم في ظل الأزمات، تنظيم مركز الكويت للتحكيم التجاري، الاثنين بتاريخ ٢٧ إبريل ٢٠٢٠

(١٢٢) E.A. Caprioli: Arbitrage et médiation dans le commerce électronique (lexpérience du Cyber Tribunal), R.A 1999, nº 2, p.237

وقد يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون التحكيم الخاص بمكان التحكيم إلا إذا اتفق الأطراف على غير ذلك، فالأولوية تعطى لاتفاق الأطراف(١٢٣)، لكن يلزم وضع معايير احتياطية في حال إذا أغفل الأطراف التحديد، ويكون على سبيل المثال، قانون مكان التحكيم الذي سبق بيان كيفية معرفته بالمطلب الأول من المبحث الثاني، أو تتولى محكمة التحكيم تحديده.

وبخصوص الحكم الإلكتروني، وهو المنتج النهائي للتحكيم، وهو من أكثر المسائل الشائكة، وخصوصاً عند تنفيذه، وهل يكون واجب النفاذ من المحاكم الوطنية في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها؟ وإذا كانت بعض الدول لم تنظم أحكام التحكيم الإلكتروني فما هي القيمة الفعلية في اللجوء إليه؟ بسبب أن الشكليات التي تتطلبها القوانين الوطنية لتنفيذه تعرقل الطريق أمام محاولات إضفاء الصيغة التنفيذية، ولذلك يكون التنفيذ في العادة اختيارياً وطوعياً إن حسنت النوايا طبعاً، وفي حال الامتناع، فإن مراكز ومؤسسات التحكيم تلعب دوراً رئيسياً بوسائلها الخاصة لإرغامه على التنفيذ(١٢٤).

ومن الحلول المقترحة لتعزيز الاعتراف بحكم التحكيم الإلكتروني يلزم التوسع في مفهوم التوقيع والكتابة لكي يستوعب المعطيات التكنولوجية الحديثة، وتغيير النصوص القانونية الوطنية لتتلاءم مع الواقع الجديد لمواكبته واستجابة لتوجيهات القوانين النموذجية والانضمام إلى الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة، وبالنسبة للدول التي لم تنظم الأحكام الخاصة لتنفيذ الحكم الإلكتروني، فيجب أن يكون الحكم مكتوباً لكي يتم عرضه على القاضي ليأمر بتنفيذه، وعليه يجب أن يكون مكتوباً في هذه الحالة(١٢٥)، وبالتالي يلزم استخراجه ويطبع للتوقيع عليه، ومن ثم عرضه على القاضي، فالتعامل الإلكتروني لا يتصادم مع فكرة الأوراق في هذه الحالة؛ لأن العلاقة بينهما ليست علاقة تنافس بقدر ما هي علاقة تكامل كلما أمكن ذلك لتحقيق الهدف(١٢٦)، وإلا فالأمر في الحقيقة يحتاج لتدخل تشريعي سريع لضمان فعالية تنفيذ الحكم التحكيمي بآلية تتناسب وطبيعته الإلكترونية.

---

(١٢٣) J. Huet & S. Valmachino, Réflexions sur l'arbitrage dans le commerce électronique, Gaz. Pal. 9-11 janvier 2000, p12.

(١٢٤) رجاء نظام حافظ، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين٢٠٠٩،

(١٢٥) أنور الفزيع، حلقة نقاشية بعنوان: الآليات الحديثة للتحكيم في ظل الأزمات، تنظيم مركز الكويت للتحكيم التجاري، الاثنين بتاريخ ٢٧ إبريل ٢٠٢٠

(١٢٦) E.A. Caprioli, arbitrage et Médiation dans le commerce, électronique L'expérience du " Cyber Tribunal ", Rev. Arb., 1999, no 2, p. 225 - 248.

ثانياً - نحو معالجة تشريعية شاملة لضمان تفعيل المنظومة التحكيمية الإلكترونية وتحقيق غاياتها:

لضمان التنمية المستدامة والتطوير الفعلي لنظام التحكيم الإلكتروني، يلزم ابتداء تكاتف وتضافر جهود جميع المعنيين على سن وبلورة منظومة تحكيمية إلكترونية متكاملة وتتوافق مع فلسفته القائم عليها، وتستوعب جميع الأبعاد التكنولوجية، وتكون قادرة على مواكبة التطورات ومواجهة التحديات والتغلب على الصعوبات، وتضمن لها الاستمرار لتقوم بدورها المأمول، وتجعل منها نظاماً فعالاً قائماً بذاته ومستقلاً عن التحكيم التقليدي من الناحية الواقعية والعملية، وينبغي ضرورة العمل كذلك على توفير البنية التحتية المناسبة، وتهيئة الأجواء الملائمة لخصوصيته وطبيعته، ويجب التركيز على تعزيز هذه المنظومة بضمانات قانونية تضمن لها أقصى درجات الفاعلية وأعلى مستوى من الشفافية والوضوح، وتسعى لتحقيق الأمن القانوني في جميع إجراءاته عن طريق التصدي للمعوقات القانونية التي تتعرض لها، ويجب أن يدار التحكيم بالعنصر البشري، بمعنى أن يكون التحكيم عبر الآلة وليس بالآلة والذكاء الاصطناعي، بحيث يكون الحكم صادراً من شخص المحكم، وله كامل الصلاحيات والسلطات لذلك.

ومن المقترحات لزيادة فعالية المنظومة التحكيمية، أن تُلزم مؤسسات ومراكز التحكيم الإلكتروني، على إيجاد شهادات معتمدة تهدف لاحترام ضمانات التقاضي، وضمان تحقيق مستوى كاف من الأمن القانوني فيما يتعلق بحساسية وخصوصية المعلومات، وتعزيز الحماية ضد التطفل والاختراق والسرقات والتلاعب بالمعلومات، وتحقيق الأمان الإداري والحوكمة التقنية فيما يتعلق بمعالجة البيانات ونقلها وتخزينها، ويتطلب أيضاً، أن تسعى مراكز التحكيم الإلكترونية للحصول على شهادة اعتماد من قبل هيئة عليا خارجية معتمدة لضمان مستوى عالٍ من الثقة والأمان القانوني لمستخدمي المنصات الإلكترونية في حسم المنازعات، وتشتمل هذه الشهادة على ضرورة تحقيق الشروط المطلوبة للحصول عليها[١٢٧].

ولمواجهة الإشكاليات التي تظهر بحكم غياب الاتصال المادي لإجراءات التحكيم الإلكتروني، ولكونه يلامس الجوانب الأخلاقية والفنية للعدالة، فمن الممكن الانحراف بتغيير النماذج الأصلية أو تزويرها، مما يوجب التنبه لهذا الأمر والتصدي له عن طريق إنشاء ضمانات جديدة، واعتماد ميثاق أخلاقي يحدد ضوابط السلوكيات

---

(١٢٧) Rapport, Larbitrage en ligne, Groupe de travail présidé par Thomas Clay, Professeur à l?cole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1), le club des jurists, Avril 2019, p.131 et s.

والمبادئ المتعلقة باستخدام التحكيم الإلكتروني، ويهدف إلى دعم وتشجيع العدالة عبر الإنترنت، وعليه مراعاة احترام خمسة مبادئ جوهرية تتمثل في: الحقوق الأساسية، وحماية البيانات الشخصية، وحقوق الإنسان، والمساواة وعدم التمييز، والجودة في أمن المعلومات وشفافية اللوائح والتقنيات ليسهل التعامل معها(١٢٨).

وتجدر الإشارة كذلك، إلى أهمية العمل على تطوير القواعد المتعلقة بالاختصاص الدولي للمحاكم، سواء على صعيد القوانين الوطنية، بوضع ضوابط للاعترف بالأحكام الصادرة من هيئات تحكيم إلكترونية، وضمان صحة التوقيع الإلكتروني عليه، أو على صعيد الاتفاقيات الدولية، عن طريق تطويع القائم منها للاستجابة لهذا الغرض، بحيث يتم تنفيذ حكم التحكيم دون الحاجة لإكسائه صيغة التنفيذ من قبل القضاء الوطني، وبلا شك فإن التطوير الفعّال لهذا الأمر يتطلب تأسيس مركز دولي، يعتني باقتدار بإدارة حسم المنازعات إلكترونياً، في إطار منظمة دولية خاصة لذلك، ويكون منبراً لتطوير مبادئ قانونية عامة وقواعد إجرائية تحكم جميع المسائل المتعلقة بحسم المنازعات إلكترونياً، وبالتالي يساهم في ضمان فعالية التحكيم الإلكتروني ومعالجة الكثير من الإشكاليات التي يتعرض له(١٢٩).

وتظهر أهمية توفير الموارد البشرية المتخصصة في هذا المجال والتكوين المهني المستمر لجميع المعنيين، والتدريب في قطاع المعلومات والأنظمة والبرمجيات لضمان جودة إدارة الجوانب التقنية والمعلوماتية التي تعتمد عليها المؤسسات في التحكيم الإلكتروني(١٣٠)، إضافة إلى ضرورة نشر ثقافة التحكيم الإلكتروني نظرياً وعملياً لجميع أفراد المجتمع بإقامة المؤتمرات والدورات والندوات وورش العمل، وخصوصاً لرجال القانون، وضرورة ربط القواعد القانونية بالواقع التكنولوجي الحديث، والوقوف أيضاً على تقنيات استعمالها على مستوى التطبيق العملي(١٣١)،

(١٢٨) Charte éthique européenne dutilisation de lintelligence artificielle dans les systèmes judiciaires et leur environnement, adoptée par la CEPEJ, 3-4 déc. 2018, [en ligne] <https://rm.coe.int/charte-ethique-fr-pourpublication-4-decembre-2018/16808f699b>.

(١٢٩) أحمد شرف الدين، تسوية المنازعات إلكترونياً، دراسات قانونية في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة، ٢٠٠٢.

(١٣٠) طارق البختي، دور التحكيم الإلكتروني في تسوية المنازعات وآليات تفعليه، مجلة المهن القانونية والقضائية، العدد ٢، ٢٠١٧، ص ٢٧.

(١٣١) عبد الكريم غالي، محاور في المعلوميات والقانون، الطبعة الأولى، البوكيلي للطباعة والنشر، القنيطرة، ١٩٩٧، صفحة ١٤٣.

الأمر الذي يسهم بلا شك في تفعيل نظام التحكيم الإلكتروني والتشجيع على اللجوء إليه.

ولا بد من إيجاد إطار قانوني يسمح بإضفاء الطابع المؤسسي على استخدام التكنولوجيا في التحكيم، ويضع حلولاً تكنولوجية تقدم ضمانات في الجوانب الأمنية، وتعالج نوعين من المخاطر، الأولى: ذات طبيعة مادية، وهي خطر الاختراق والقرصنة، والثانية: ذات طبيعة قانوينة، وهي تعرض البيانات والمستندات للخطر، وبالتالي يجب تصميم أنظمة تقدم ضمانات حقيقة وكافية لاحترام أمن البيانات والمحافظة عليها(١٣٢).

ومن أبرز الخطوات التطويرية لتقوية فعالية المنظومة التحكيمية ضرورة تفعيل إطلاق منصات إلكترونية عن طريق تطبيق ذكي (إبليكيشن) يكون واضحاً وسهلاً للجميع، ويتم عن طريقه إجراءات التحكيم وسريان العملية التحكيمية برمتها، ويشتمل هذا التطبيق على العديد من الفعاليات والأنشطة الداعمة للتحكيم الإلكتروني من نشر ثقافة التحكيم، وبيان طرق وآليات سير القضايا من بدايتها إلى نهايتها... إلخ، ولتحقيق هذه الإستراتيجية وضمان مستقبل واعد للتحكيم الإلكتروني، يجب أن يتم التعامل مع هذه التقنية بإتقان وكفاءة عالية، وفهم لجميع قواعدها الإجرائية، والتفاعل معها، وتشغيلها وفق أفضل المعايير الدولية، وابتكار برامج لحمايتها من عمليات الاختراق والقرصنة، وتعزيز ثقة الأطراف بها، ومن ثم ضرورة العمل الدائم على تحديثها وتقييمها باستمرار؛ وذلك للارتقاء بخدماتها وضمان فعالية أكيدة لتحقيق أهداف المنظومة التحكيمية الإلكترونية.

الخاتمة:

أتت هذه الدراسة استجابةً لتداعيات جائحة كورونا في العالم أجمع، حيث تحولت الأزمة من صحية إلى قانونية، ولم يكن نظام التحكيم بمنأى عن ذلك، فقد تأثر وتوقف بعد قرار تعطيل المرفق القضائي بدولة الكويت، وهذا في الحقيقة يعتبر خلافاً لغاية التحكيم ومتناقضاً مع فلسفته القائم عليها والتي تم توضيحها في البحث، ولذلك فقد سمحت لنا هذه الدراسة بتسليط الضوء على أبرز التحديات والإشكاليات التي واجهت المنظومة التحكيمية في ظل هذه الأزمة التي دفعتنا لأخذ العبرة للمضي نحو معالجات وقتية وجذرية لنظام التحكيم، وقد رمى هذا البحث إلى تقديم مجموعة من الاقتراحات والحلول الفعالة بهدف ضمان استمرارية التحكيم في ظل الظروف الصعبة، ودعمه

(١٣٢) Rapport, Larbitrage en ligne, Groupe de travail op,cit, p77.

ليقوم بمهامه وأداء دوره في حسم منازعات الأطراف، آخذاً بعين الاعتبار أن مهمة حسم المنازعات ضرورة ومصلحة شرعية ووطنية لا يمكن إيقافها أو تعطيلها. وتطرقت الدراسة إلى أهمية ووجوب عدم تأثر التحكيم سلباً في ظل هذه الأزمة، إضافة إلى ضرورة أن يكون له دور إيجابي ومميز بحكم طبيعته وفلسفته الخاصة، ومن ثم استعرضنا المعوقات والإشكاليات التي تعرضت لها المنظومة التحكيمية، ووضعنا مجموعة من الحلول والاقتراحات لمعالجة الوضع الحالي، وهي تصب في تحقيق هذا الهدف وهو ضمان استمرار نظام التحكيم وعدم تعطله، وذهبنا أبعد من ذلك إلى ضرورة الاستفادة من هذه الأزمة واقتناص الفرصة لإدخال تعديلات تشريعية جوهرية تضمن في المستقبل عدم المساس بهذه المنظومة بتعطيلها أو تأخيرها عن تحقيق أهدافها، وذلك عن طريق تبني نظام التحكيم الإلكتروني بحكم أنه أصبح واقعاً فعلاً، وفيه من الضمانات ما يكفل له الاستمرار في العمل، إضافة إلى أن غالبية الأطراف والشركات والمؤسسات لديها الاستعداد والجاهزية لأن تتعامل مع الوسائل التكنولوجية وتتوافر فيها الأجهزة الذكية وتستخدمها بشكل مستمر ولديها القدرة على التفاعل معها، واستعرضنا أهميته ومزاياه في هذه الأزمة، وتطرقنا لمجموعة من التحديات التي تواجهه وضرورة التصدي لها لتعزيز فعاليته بشكل كامل.

وعليه تم تحديد مصادر الإشكالية وهي الأمور الآتية:

- غياب الرؤية المستقبلية في التشريعات الخاصة في التحكيم أو في أنظمة ولوائح مراكز التحكيم.
- عدم استشراف المستقبل بشكل جيد في ظل تطور العالم تكنولوجياً وسرعة التغييرات.
- عدم وجود نصوص تشريعية تعتني بهذا الجانب المهم والضروري.
- غياب ثقافة إدخال التكنولوجيا في إطار إدارة الأعمال وتسييرها.
- غياب دور المعنيين بالجانب العلمي والنظري بطرح مواضيع مهمة وإشكاليات لمناقشتها والتصدي لها ومعالجتها قبل وقوعها.
- عدم وجود التأهيل الكافي لمحكمين ومحتكمين في استخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة لمباشرة قضاياهم التحكيمية.
- قصور وعدم تطوير المبادئ الأساسية لنظام التحكيم لمواكبة التطورات الراهنة وخصوصاً في الجوانب الإلكترونية واستخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة.

كما تم التوصل إلى الآتي:

- التأكيد على أن التحكيم لا يقل أهمية عن كافة المجالات والقطاعات الضرورية في البلاد.
- ضرورة استمرار التحكيم تحت أي ظرف من الظروف من خلال توفير الإمكانيات المناسبة والحلول الفعالة والبرامج المختلفة وتوفير الضمانات الكافية لتحقيق ذلك ولضمان عدم تعطيل التحكيم مهما كانت الظروف والتحديات.
- تطوير قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي بحيث يشتمل على تنظيم الجوانب الإلكترونية للتقاضي وخصوصاً في مجال التحكيم.
- ضرورة الإسراع في إصدار قانون خاص شامل ومتكامل للتحكيم، وذلك وفق إستراتيجية علمية وعملية تتوافق مع متطلبات العصر.
- ضرورة تعزيز التحكيم الإلكتروني واعتماده في المنظومة التشريعية إلى جانب التحكيم التقليدي وتحقيق ضمانات التقاضي في كليهما.
- العمل على تهيئة البيئة الإلكترونية وتجهيزها بشكل متكامل لكي تستجيب لكل تطورات المنظومة التحكيمية الإلكترونية، مع ضرورة العمل كذلك على تجهيز البنية التحتية الداعمة والمساندة لها.
- يجب التصدي للإشكاليات والصعوبات التي تعوق تطور التحكيم الإلكتروني عن طريق إرساء وسن منظومة تشريعية خاصة ومتكاملة، تأخذ بعين الاعتبار خصوصيته وتحافظ على الضمانات الأساسية للتقاضي، وتحترم إرادة الأطراف ورغباتهم، وتحافظ على خصوصياتهم وتلبي مصالحهم في إطار المزايا والخصائص التي يتمتع بها التحكيم الإلكتروني.

المراجع

أولاً – المراجع العربية:

١ – الكتب العربية:

- القرآن الكريم.
- أساس البلاغة، تاج العروس، الزاهر: ٩٧٢، الصحاح، القاموس المحيط، لسان العرب، المصباح المنير، المعجم الوسيط.
- أحمد سلامة، التحكيم والنظم الودية لتسوية منازعات الملكية الفكرية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠١٧.
- أحمد سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
- أحمد مليجي، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الأولى، ١٩٩٦.
- أحمد هندي، التحكيم دراسة إجرائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠١٣.
- خالد قاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، ٢٠٠٤.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٢.
- عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، الطبعة الثانية، مؤسسة دار الكتب، ٢٠١٢.
- فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علماً وعملاً، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، ٢٠١٤.
- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.
- محمد أبو العينين، المبادئ القانونية التي يقوم عليها التحكيم في الدول العربية والإفريقية التي تبنت قانون الأونيسترال النموذجي، بحث في مجلة التحكيم العربي، العدد الأول، ١٩٩٩.

- محمد أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الإنترنت، عمان، الدار العلمية، ٢٠٠٢.
- محمد الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٦.
- محمد كامل ليلة . الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، ١٩٨٥.
- محمود البريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٧.
- مهند الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٥.
- وجدي راغب، مفهوم التحكيم وطبيعته، دورة تدريبية في التحكيم، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ١٩٩٢-١٩٩٣.
- عبد الكريم غالي، محاور في المعلوميات والقانون، الطبعة الأولى، البوكيلي للطباعة والنشر، القنيطرة، ١٩٩٧.
- طارق البختي، دور التحكيم الإلكتروني في تسوية المنازعات وآليات تفعليه، مجلة المهن القانونية والقضائية، العدد٢، ٢٠١٧.
- أنور علي أحمد الطشي، مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.

٢ – الأبحاث العلمية العربية

- إبراهيم أبو الليل، قواعد وإجراءات التحكيم وفقاً لنظام غرفة التجارة الدولية، مجلة الحقوقي، جامعة الكويت، السنة ١٧ العدد ١، مارس ١٩٩٣.
- أبو زيد رضوان، الضوابط العامة للتحكيم التجاري الدولي – القسم الأول، بحث منشور بمجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، العدد ٢، السنة الأولى، ١٩٧٧.
- أحمد الطروانة وحمد الحجايا، التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، عدد ١، مجلد ٢، ٢٠٠٣.
- أحمد شرف الدين، تسوية المنازعات إلكترونياً، دراسات قانونية في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة، ٢٠٠٢.
- حمادوش أنيسة، خصوصية التحكيم الإلكتروني في حل المنازعات التجارية الإلكترونية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة، ٢٠١٧، ص٢٣٢.

- حمزة التري، تطوير قواعد التحكيم بالمغرب، رهين باجتهاد قضائي إبداعي، بحث منشور في مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، المغرب ديسمبر ٢٠١٧، موجود على موقع https://www.droitetentreprise.com/?p=10877#_ftnref7
- رامي سليمان، أعراض فيروس كورونا -كوفيد ١٩- على الدعوى التحكيمية https://www.iicra.com/effects-of-coronavirus-covid-19-on-arbitration-cases/ .
- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
- عبد الحميد الأحدب، التحكيم في البلدان العربية، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٨
- عصام مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٩.
- عمر فلاح العطين وريزان حمود، اتفاق التحكيم الدولي في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية . تامنغست . الجزائر، العدد ٨، يونيو ٢٠١٥.
- محمد الخضراوي، الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية، مقال منشور في موقع الاتحاد العربي للقضاء، ١٧ مارس ٢٠٢٠. http://arabunionjudges.org/?p=6272.
- محمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠٥.
- محمد بداع، دراسة قانونية تناقش مبدأ استقلال شرط التحكيم، ٢ مايو ٢٠١٨، بحث منشور، https://www.mohamah.net/law/ .
- محمود عبد الرحيم الديب، الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم، دراسة مقارنة، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، العدد ٣٣، السنة ٢١، ٢٠٠٣.
- منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعة، ١٩٩٦.
- نصير سويلم، مدى تحقق الشروط المطلوبة في التحكيم التقليدي في ظل التحكيم الإلكتروني www.arablawinfo.com .

- هبة عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية – دراسة مقارنة – منشورات زين الحقوقية، بغداد، ٢٠١١.
- يوسف شندي، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني – دراسة مقارنة –، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، ٢٠٠٩.
- طارق البختي، دور التحكيم الإلكتروني في تسوية المنازعات وآليات تفعليه، مجلة المهن القانونية والقضائية، العدد ٢، ٢٠١٧.
- بلال بدوي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد ١، مصر، ٢٠٠٦.
- محمد مرسي، أثر الإفلاس على عقد المحكم بين الآثار السلبية للإفلاس وحماية الأمان القانوني لمنظومة التحكيم الحر، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد٢، سنة ٤١، يونيو ٢٠١٧.

٣ – الرسائل العلمية:

- بوديسة كريم، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والسياسة، ٢٠١٢.
- جعفر المعاني، التحكيم الإلكتروني ودور القضاء الوطني بتفعيله، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٤.
- حسن أمرير، دور التحكيم التجاري الدولي في تسوية المنازعات التجارية، المغرب نموذجاً، رسالة دكتوراه، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سلا، ٢٠١٤.
- كريم محجوبة، التحكيم الإلكتروني ودوره في حل منازعات التجارة الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولاي الطاهر – سعيدة – ٢٠١٥.
- رجاء نظام حافظ، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٩.

٤ – القوانين:

- مرسوم بقانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم (٣٨) لسنة ١٩٨٠.
- قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي رقم (٢٠) لسنة ٢٠١٤.
- قانون المسطرة المدنية المغربي رقم ١-٧٤-٤٤٧ لسنة ١٩٧٤.
- قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤

- مجلة الأحكام العدلية، المادة: ١٧٩٠.

٥ – أحكام المحاكم:

- حكم محكمة التمييز الكويتية رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٥ تجاري منشور بمجموعة القواعد القانونية التي قررتها دائرة التمييز في المدة من ١/١١/١٩٧٩ إلى ١/١٠/١٩٧٩، صدرت عن المكتب الفني بمحكمة الاستئناف العليا.
- طعن التمييز رقم ١٩٩٠/٣٤ تجاري، جلسة ١٩٩١/١٢/٩

ثانياً – المراجع الأجنبية:

١ – مراجع باللغة الإنجليزية

- Gary Born, International Commercial Arbitration (2nd edn, Kluwer Law International 2014) 84.
- Amro, Ihab. Online Arbitration in Theory and in Practice: A Comparative Study of Cross-Border Commercial Transactions in Common Law and Civil Law Countries. Cambridge Scholars Publishing, 2019.
- Anna Mantakou, 'General Principles of Law and International Arbitration' (2005) 58 RHDI.
- Julian DM Lew, Mistelis A Loukas and Stefan Kr?ll, Comparative International Commercial Arbitration (Kluwer Law International 2003).
- Martin Hunter, Redfern and Hunter on International Arbitration (OUP 2009).
- Tiffany J. "Where on Earth Does Cyber-Arbitration Occur: International Review of Arbitral Awards Rendered Online." ILSA J. Int'l & Comp. L. 7 (2000).
- AAA ICDR Rules art 16(1).
- ICC Rules art 15.
- LCIA art 14(2).
- NAI Arbitration Rules art 23(2).
- UNCITRAL Arbitration Rules art 15(1).
- WIPO Arbitration Rules art 38(a).

- National legislation: English Arbitration Act 1996 S 34(1).
- Belgium, Judicial Code art 1693.
- Germany, ZPO s 1042.
- Italy, CCP art 816.
- Netherlands, CCP art 1036.
- Sweden, Arbitration Act s 21.
- Switzerland, PIL art 182.
- Model Law art 19; Lew.

٢ – مراجع باللغة الفرنسية:

- E.A. Caprioli, arbitrage et Médiation dans le commerce, électronique L'expérience du " Cyber Tribunal ", Rev. Arb., 1999.
- J. Huet & S. Valmachino, Réflexions sur l'arbitrage dans le commerce électronique, Gaz. Pal. 9-11 janvier 2000.
- G. Kaufmann-koheler, Le lieu de l'arbitrage à lune de la mondialisation, R.A, 1998.
- Benyekhlef, Karim et Fabien Gélinas, Le règlement en ligne des conflits. Enjeux de la cyberjustice, Paris,?ditions Romillat, 2003.
- O. Cachard, "Les modes électroniques de règlement des litiges (MERL)", Communication commerce électronique, décembre, chronique, 2003.
- W. Alwafi, La dématérialisation de l'arbitrage pour le règlement des différends du e-commerce international, Sous la direction de Catherine Ginestet, Thèse,?cole doctorale Droit et Science Politique, université de Toulouse 1, 2017.
- G. Decocq, "Linfluence dInternet sur la pratique de larbitrage?", Rev. arb. 2012.
- B. Goldman, Mesures provisoires et arbitrage international, Rev.dr.aff.Int, 1993.
- Demogue René, Des obligation en général, Effet des Obligation T 6,1932, nº3.

- Ph. Fouchard, E.Gaillard, B.Goldman, Traité de I,arbitrage commercial international. Litec.1996.
- Magali Boucaron-Nardetto, Le principe compétence-compétence en droit de larbitrage thèse du doctorat en droit, Universite Nice Sophia Antipolis, 2011.
- Philippe Fouchard, Larbitrage commercial international, 1965.
- F. Dely, B. Hanotiau, G. Keutgen, D. Matray, G. Matray et E. Wymeersch, Arbitrageovereenkomst vennootschapsgroepen en groepen overeenkomsten [La convention darbitrage, groupes de sociétés et groupes de contrats] Actes du colloque du CEPANI, Bruylant, Bruxelles, 2007.
- E. Acola: Philosophie de la science politique, Paris, 1877.
- C. Demolombe: Cours de code Napoleon, t. XXIV (14), No 200.
- Ch. Baudant: Le droit individuel et l'Etat, introduction à l'étude du droit, Paris 1891.
- A.Fouillee: La science sociale contemporaine, Paris, 1880.
- F.E.Klein: Considérations sur l'arbitrage en Droit international privé, Bâle, 1955.
- A.Weill: Les sentences arbitrales en Droit international prive, Thèse Paris, 1906.
- M. Foelix: Traité de droit international privé ou du conflit des lois des différentes nations en matière de droit privé, Paris, t.2,3 ème éd., 1856.
- Charte éthique européenne dutilisation de lintelligence artificielle dans les systèmes judiciaires et leur environnement, adoptée par la CEPEJ, 3-4 déc. 2018, [en ligne] <https://rm.coe.int/charte-ethique-fr-pourpublication-4-decembre-2018/16808f699b>.
- Rapport, Larbitrage en ligne, Groupe de travail présidé par Thomas Clay, Professeur à l?cole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1), le club des jurists, Avril 2019.
- La pandémie COVID-19 et l'arbitrage des investissements, 27/03/2020 par Arbitrage international, In: https://www.international-arbitration-attorney.com/fr/the-covid-19-pandemic-and-investment-arbitration/ avril 10, 2020.

The Impact of Covid-19 Pandemic on the Arbitration Proceedings: A Critical Analysis Study on the Kuwaiti Legislations

Dr. Hassan Alrasheed
Dr. Yousef Alyaqout

The Kuwait government as other countries around the world has introduced a package of precautionary and preventive measures to combat the outbreak of the Coronavirus disease 2019 (Covid-19). These measures have significantly affected the domestic and international contractual relationships of individuals, resulting in new disputes between parties about their contractual obligations. The resolution of some of these disputes cannot be delayed. Therefore, the arbitration regime should have a positive role to play and could work effectively to overcome one of the negative effects of the pandemic by providing a means of settling any contractual disputes resulting from it.

This research aims to demonstrate that the traditional arbitration regime that does not recognise electronic procedures cannot works effectively during crises and difficult circumstances because of its inability to face constraints and adapt to them, and the difficulty of adapting its rules as well before the current challenges. Therefore, the importance of electronic arbitration appears as a modern and advanced method for resolving disputes, as it is the most appropriate and efficient way to preserve the arbitration system and ensure its effectiveness and continuity in light of the Covid-19 pandemic. Accordingly, this research recommends temporary and radical remedies for the arbitration system in the State of Kuwait by introducing electronic means for the arbitration system in light of the current legislation and also with a view to working towards a complete legislative treatment regulating electronic arbitration.

إشكاليتا العلم والعلاقة السببية في جرائم نقل الأمراض السارية في القانون الكويتي

الدكتور/ محمد ناصر التميمي
قسم القانون الجزائي
كلية الحقوق - دولة الكويت

ملخص:

قدمت جائحة فيروس كوفيد-١٩ إشكاليات قانونية جمة ألقت بظلالها على جميع أفرع القانون وأخصها القانون الجنائي لما شكلته بعض سلوكيات الأفراد بعدم الالتزام بالاشتراطات الوقائية من تهور جسيم أدى لانتشار الوباء بشكل كبير؛ مما أدى لتدارك المشرع الكويتي بتعديل تجريم النقل العمدي للأمراض في منظومته القانونية بتشديد الملاحقة الجنائية والعقوبة على حد سواء. بيد أن بساطة صياغة النص القانوني لجريمة نقل الأمراض لا تعكس بساطة البناء القانوني للجريمة وأخصها فيما يتعلق بإشكاليتي العلم والعلاقة السببية باعتبارهما عنصرين من العناصر الجوهرية في بناء المسؤولية الجزائية عن تلك الجريمة. كما شكل غياب الأحكام القضائية الكويتية والعربية على حد سواء معضلة أخرى تضاف لأهمية طرح الموضوع على بساط البحث من زاوية القانون الجنائي.

المقدمة:

شكلت جائحة فيروس Covid-19 المعروف باسم "فيروس كورونا" نقطة فارقة في تاريخ البشرية ألقت بظلالها على كافة مناحي الحياة سواء الاجتماعية أو الاقتصادية أو الصحية، واستنفرت الدول والأمم والمنظمات الدولية، وجيشت الجهود والأموال من أجل مجابهة هذا العدو الشرس الذي أصاب الملايين وأودى بحياة مئات الآلاف[1]؛ مما أجبر الكثير من الدول لإعلان حالات الطوارئ الصحية وإعلان حظر التجول[2].

ولم تكن تلك الإجراءات التي اتبعتها الدول إلا لهدف واحد ألا وهو حماية

(١) تقدر منظمة الصحة العالمية الحالات المسجلة إلى يوم كتابة هذا البحث بما يجاوز أربعة ملايين إصابة حول العالم وزهاء ثلاثمائة ألف وفاة. راجع: www.who.int

(٢) أصدرت الكويت القرار الوزاري رقم ٧٠ لسنة ٢٠٢٠ بشأن حظر التجول المنشور في جريدة كويت اليوم بتاريخ ٩ أبريل ٢٠٢٠.

الإنسان وحماية وجوده وصحته وسلامته الجسدية، فالحق في الصحة من ضمن الحقوق السامية التي أقرتها الدساتير والمواثيق الدولية، فقد أكد الدستور الكويتي في أكثر من موضع على الحق في الصحة والرعاية الصحية والحماية من الأمراض، فقد تضمن الباب الثاني منه المعنون بالمقومات الأساسية للمجتمع الكويتي المادة ١١ التي تنص على: "تكفل الدولة المعونة للمواطنين في حالة الشيخوخة أو المرض أو العجز عن العمل، كما توفر لهم خدمات التأمين الاجتماعي والمعونة الاجتماعية والرعاية الصحية".

كما تنص المادة ١٥ من الدستور الكويتي على: "تعنى الدولة بالصحة العامة وبوسائل الوقاية والعلاج من الأمراض والأوبئة" وبذلك يكون الحق في الصحة من الحقوق الدستورية الصريحة في الدستور الكويتي[٣]. كما أكد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على الحق في الصحة في المادة ٢٥ منه التي تنص على: "لكل شخص الحق في مستوى معيشة يكفي لضمان الصحة والرفاهية له ولأسرته وخاصة على صعيد المأكل والملبس والمسكن والعناية الطبية، وصعيد الخدمات الاجتماعية الضرورية. وله الحقُّ فيما يأمن به الغوائل في حالات البطالة أو المرض أو العجز أو الترمُّل أو الشيخوخة، أو غير ذلك من الظروف الخارجة عن إرادته والتي تفقده أسباب عيشه".

ولما كانت الصحة من الحقوق التي تسعى الدساتير لحمايتها باعتبارها مصلحة سامية من المصالح المعتبرة، فإن ذلك يشكل واجباً على الأفراد بألا يمسوا تلك المصلحة بالأذى أو الضرر، وأن يجتنبوا السلوكيات التي من شأنها أن تمس السلامة الصحية للآخرين، ومن ذلك ضرورة عزل الذات واجتناب المخالطة متى ما تحققت إصابة الفرد بأحد الأمراض المعدية أو الوبائية، مع الالتزام بأخذ العلاج لحماية المجتمع من ثمة أمراض أو عدوى[٤].

وانطلاقاً من تلك الاعتبارات تنبه المشرع الكويتي إلى ضرورة حماية المجتمع من الأمراض والأوبئة من خلال نصوص قانونية خاصة تنظيمية من ناحية وجزائية من ناحية أخرى، فكانت حصيلة ذلك قانونين منفصلين، الأول قانون رقم ٨ لسنة

(٣) راجع: عثمان عبد الملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الكويت، ١٩٨٩، غير محدد الناشر، ص ٣٠٠.

(٤) سعد صالح شكطي نجم وأياد علي أحمد، جرائم نقل العدوى العمدية دراسة تحليلية مقارنة في قانون العقوبات العراقي، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة ٨ المجلد ٤ العدد ٢٩ آذار ٢٠١٦ ص ١٤٤.

١٩٦٩ بالاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية (قانون الأمراض السارية فيما بعد)[٥] أما الثاني فهو المرسوم بقانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٩٢ في شأن الوقاية من مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب - الإيدز - (قانون الإيدز فيما بعد). ويهدف كلا القانونين أولاً إلى تقديم الرعاية الصحية للمصابين المرضى، وحماية المجتمع من الأمراض محل تلك القوانين من خلال إقرار مجموعة التزامات وإجراءات وقائية وعلاجية يلتزم بها المصاب والمخالطون له والجهات المعنية بالفحص والكشف والاتصال مع المريض. كما تضمن كلا القانونين نصوصاً جزائية كما في نص المادة ١٧ من قانون الأمراض السارية، والمادة ١٥ من قانون الإيدز المتعلقة بمخالفة بعض الإجراءات والالتزامات التي تتخذها الجهات المختصة في شأن مكافحة الأوبئة والأمراض، كمخالفة قرارات حظر التجول أو قرارات التعقيم والتطعيم أو عدم الإبلاغ عن الحالات المصابة أو المشتبه بإصابتها أو حظر مخالطتها.

إلى ما قبل ظهور جائحة فيروس Covid-19 لم يكن يتضمن قانون الأمراض السارية - بخلاف قانون الإيدز - نصاً يجرم النقل العمدي للعدوى، حيث تفرد قانون الإيدز بتلك الجريمة من خلال نص الفقرة الثانية من المادة ١٥ التي تنص على: "ويعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سبع سنوات وبغرامة لا تجاوز سبعة آلاف دينار كل من علم أنه مصاب بفيروس الإيدز وتسبب بسوء قصد في نقل العدوى إلى شخص آخر". إلا أن المشرع الكويتي قد تفاعل سريعاً مع بعض المظاهر التي تلت ظهور الجائحة بالاستهتار بالالتزامات والإرشادات الصحية بضرورة التباعد الجسماني بين أفراد المجتمع، يعاضده في ذلك ازدياد حالات الإصابة بفيروس Covid-19 نتيجة حالات المخالطة، وأصدر القانون رقم ٤ لسنة ٢٠٢٠ حيث عدل المادة ١٧ من قانون الأمراض السارية بالتعديل والإضافة، حيث نصت على: "١- كل مخالفة لأحكام هذا القانون والقرارات المنفذة له، يعاقب مرتكبها بالحبس مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر وبغرامة لا تزيد على خمسة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين. ٢- كل مخالفة للقرارات والتدابير المنوه عنها في المادة ١٥ من هذا القانون، يعاقب مرتكبها بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين

---

(٥) يحتوي القانون على جدول مرفق للأمراض السارية مقسم إلى قسمين: الأول مقسم إلى أمراض محجرية كالجدري والطاعون والكوليرا والحمى الصفراء والتيفوئيد. وأمراض غير محجرية كالحصبة والجمرة الخبيثة والدرن الرئوي وشلل الأطفال وغيرها. أما القسم الثاني فهو يشتمل على طائفة أخرى من الأمراض كالالتهاب الكبدي والإنفلونزا والجذام والحصبة الألمانية والسيلان والزهري والسعال الديكي وغيرها.

العقوبتين. ٣- كل من علم أنه مصاب بأحد الأمراض السارية وتسبب عمداً في نقل العدوى إلى شخص آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز عشر سنوات وبغرامة لا تزيد على ثلاثين ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين". هذا وقد أدرج وزير الصحة الكويتي في ميعاد سابق على هذا التعديل فيروس Covid-19 من ضمن الأمراض السارية والوبائية والمحجرية التي تخضع لإجراءات العزل للمصابين أو المشتبه في إصابتهم(٦).

يشكل هذان النصان الأساس القاعدي التشريعي المباشر في القانون الكويتي لجرائم نقل الأمراض والأوبئة، وهي معالجة حصيفة - مبدئياً - قدمها المشرع الكويتي لمجابهة السلوكيات الآثمة التي اكتنفتها الشرور في تعمد إلحاق الأذى والمضرة للآخرين عبر نقل الأمراض والعدوى سواء أكانت فيروسية أم بكتيرية أم فطرية أم طفيلية أم غيرها والتي قد يصل مبلغها إلى الوفاة مما يشكل عظيم الضرر بسلامة الإنسان وصحة المجتمع.

إن تبني معالجة تشريعية خاصة في جرائم نقل الأمراض - بغض النظر عن آلية تلك المعالجة وكيفية ترجمتها تشريعياً - يعتبر تطوراً تشريعياً واضحاً ومطلوباً في الأنظمة القانونية؛ وذلك لتفادي معضلات التكييف القانوني في خلع أوصاف الجرائم العامة للقتل العمد والضرب والجرح على سلوكيات نقل الأمراض والعدوى، فقد رفض القضاء الفرنسي تكييف نقل عدوى فيروس الإيدز من خلال علاقة جنسية لم تستخدم خلالها احتياطات منع العدوى باعتباره جريمة قتل أو الشروع بها على سندين: الأول أن العلم بالطبيعة الضارة للفيروس لا يؤسس سنداً في قيام نية القتل مما ينفي الركن المعنوي بها، والثاني نفي الصفة القاتلة للفيروس واعتباره فيروساً ضاراً بالصحة(٧).

إن المعالجة التشريعية للمشرع الكويتي في جرائم نقل الأمراض والعدوى في النصين سالفي الذكر تؤطر خصائص تلك الجريمة تأطيراً واضحاً، فالمشرع الكويتي حصر العقاب في جرائم نقل العدوى في الجريمة العمدية من خلال تلك النصوص وهو ما يستجلى من خلال صياغة النص كما في "وتسبب عمداً في نقل العدوى"

(٦) قرار وزير الصحة رقم ٤٩ لسنة ٢٠٢٠ الصادر بتاريخ ٢٠ فبراير ٢٠٢٠ المنشور في جريدة كويت اليوم بتاريخ ١١ مارس ٢٠٢٠.

(٧) Cass. crim., 2 juill. 1998, nº 98-80.529: JurisData nº 1998-002982; Bertrand de Lamy, Administration de substance nuisible- transmission volontaire du virus VIH, Droit de la famille nº4, Avril 2006, comm. 101.

و"تسبب بسوء قصد في نقل العدوى". كما تطلب توافر شرط مفترض في الجريمة ألا وهو أن ترتكب من مصاب بمرض سارٍ قابل لنقل العدوى إلى الآخرين، بالإضافة إلى أن المشرع الكويتي لم يحدد كيفية نقل المرض أو العدوى، بمعنى أنه لم يحدد صورة السلوك المكون للركن المادي، فنقل العدوى يتحدد وفق طبيعة الفيروس أو البكتيريا أو الميكروب والوسط الذي يتواجد من خلاله، كما في سوائل الجسم البشري كاللعاب أو العطاس أو الرذاذ أو الدم أو الإفرازات السائلة كالمني، وعليه فإن نقل العدوى يتحقق بكل طريقة يكون من شأنها وفق القواعد الطبية أن تنقل المرض أو العدوى، فقد تكون في الممارسة الجنسية أو المشاركة في الإبر وأدوات التعاطي أو ملامسة الأسطح المشتركة أو المشاركة في أدوات الطعام.

كما يلاحظ أن جرائم نقل العدوى في القانون الكويتي هي من جرائم النتيجة أو كما تسمى بجرائم الضرر، حيث إن المشرع يعاقب على تحقق الإصابة أو العدوى وليس فقط حالة التعريض للخطر وهو ما تطلبه المشرع في النصين سالفي الذكر من إيراد وصف "تسبب عمداً في نقل العدوى" أي أن الجريمة لا تقع إلا بتحقق نتيجتها ألا وهي تحقق العدوى دون أن يخل ذلك بتطبيق قواعد الشروع إن وجدت. وتأسيس اكتمال عناصر الركن المادي للجريمة هو بتحقق النتيجة من ثبوت وجود المرض أو العدوى من خلال التحاليل المخبرية، دون أن يكون للحالة الصحية للمجني عليه أي أثر في قيام أو انعدام تلك النتيجة، فالعبرة هي بتحقق نقل المرض وليس بتدهور الحالة الصحية للمجني عليه.

إشكالية البحث وسبب اختياره:

يأتي هذا البحث لتسليط الضوء على الطبيعة الخاصة لجريمة نقل الأمراض باعتبارها ليست قانونية محضة، بل هي جريمة تحوي جانباً طبياً وعلمياً يتصف بالتطور المستمر، وهو بطبيعته أسرع من التطور التشريعي، باعتبار أن التشريع أداة بطيئة نسبياً. وعلى ذلك فإن البحث يتضمن تسليط الضوء على البناء القانوني للجريمة، ونحن في هذا البحث لسنا بصدد التحليل الوصفي للجريمة في أركانها المادية والمعنوية، فهذه معالجة تقليدية مستهلكة، بل نتناول إشكاليتين تشكلان حجر الزاوية في سلامة تأسيس المسؤولية الجزائية عن تلك الجريمة وهما: العلم من منظوره الواسع سواء تعلق بالركن المعنوي للجريمة أم بشرطها المفترض، والثانية هي العلاقة السببية.

إن الوقوف على حقيقة الجريمة هو الذي دعانا لعنونة البحث بجريمة نقل الأمراض عوضاً عن نقل العدوى؛ وذلك لأن وصف نقل الأمراض أشمل وأعم من

حصر السلوك الإجرامي بنقل العدوى، حيث وإن كانت النصوص الخاصة بجرائم نقل الأمراض تطلبت أن ترتكب الجريمة من مصاب، إلا أن ذلك يعد عواراً تشريعياً يجب أن يصوّب، حيث من المتصور أن يرتكب سلوك نقل المرض من غير مصاب، وبالتالي لا ينطبق عليه وصف نقل العدوى؛ ذلك لأن هذه الأخيرة لا تتحقق إلا من مصاب.

ويأتي اختيارنا للبحث للأسباب التالية: يشكل انعدام الأبحاث التي تناولت جريمة نقل العدوى في القانون الكويتي سبباً خصباً لتناول هذا الموضوع، هذا بالإضافة إلى جدوى طرحه خلال ما تمر به البشرية إلى يوم كتابة هذا البحث من أزمة صحية شديدة الخطورة على العالم أجمع، يضاف إلى ذلك غياب الأحكام القضائية في الكويت بشأن جريمة نقل الأمراض، علاوة على أننا لم نجد كذلك في الأحكام العربية المعين في هذا الصدد سوى القضية الشهيرة التي عرضت على القضاء الليبي في قيام مجموعة من الأطباء والممرضات الليبيين والبلغاريين بحقن ما يقارب أربعمائة طفل بفيروس الإيدز والذين أدانهم القضاء الليبي بجرم نشر الوباء(٨).

كما نشير إلى أن موضوع البحث لا يقتصر على جزئية نقل مرض Covid-19، بل يشمل كل الأمراض المعدية والسارية وفق القوانين الكويتية كالإيدز وأمراض الكبد الوبائي والكوليرا وغيرها؛ مما يسهم في تعميم الفائدة على الأمراض المعرّفة ولما يستجد من أمراض في المستقبل لا قدر الله.

صعوبات البحث:

يأتي هذا البحث في خضم أزمة عالمية حقيقية شكلت لنا صعوبات حقيقية في كتابته، أولها من حيث إمكانية الوصول إلى المصادر العلمية؛ ذلك أن البحث كتب في فترة اتسمت بحظر التجول الكلي وإغلاق كامل لكافة المؤسسات الأكاديمية والبحثية والمكتبات العامة والخاصة؛ مما حرمنا من الاتصال بمصادر المعلومات وهو ما جعلنا نستقي العلم من مصادر حديثة كقواعد البيانات الإلكترونية والكتب التي توافرت بين أيدينا وبعض المصادر التي زودنا بها الزملاء الأفاضل مشكورين.

كما يضاف إلى ذلك عدم توافر أبحاث قانونية جزائية منشورة تتناول جريمة نقل مرض Covid-19 وهو مبرر لحداثة الموضوع على العكس من جريمة نقل فيروس الإيدز الذي تناوله الفقه العربي والأجنبي باستفاضة، مما أعاننا على عملية الإسقاط في التحليل على اعتبار التماثل بين المحلين ألا وهما الصحة والفيروس،

(٨) علي حمزة الخفاجي، المسؤولية الجزائية لناقلي عدوى الإيدز دراسة مقارنة، مجلة رسالة الحقوق، العدد الخاص ببحوث المؤتمر القانوني السابع ٢٠١٠، ص ٣٠.

فجريمة نقل الأمراض هي من جرائم القالب الحر التي تستوعب أكثر من مرض وتطبق عليها ذات القواعد القانونية مع بعض الفروقات البسيطة التي سنستعرضها في مواضعها.

منهجية البحث:

وصولاً إلى سلامة عرض البناء القانوني للجريمة مع تبيان كفاية المعالجة التشريعية انتهجنا في دراستنا المنهج التحليلي النقدي من جهة، والمنهج المقارن من جهة أخرى؛ وذلك لإثراء البحث وتقديم مادة علمية موزونة تخدم كلاً من القضاء والمشرع والباحثين القانونيين.

خطة البحث:

آثرنا تبني الهيكلة الثنائية لخطة البحث؛ وذلك لتناول إشكاليتيه على قدر موزون، على أن تنقسم الدراسة إلى مبحثين رئيسيين:

المبحث الأول: عنصر العلم في جريمة نقل الأمراض

المبحث الثاني: العلاقة السببية في جريمة نقل الأمراض

المبحث الأول
عنصر العلم في جريمة نقل الأمراض

يشكل العلم الحالة النفسية التي تخالج الجاني وقت ارتكاب الجريمة وتجعله ملماً بحقيقتها وعناصرها الواقعية الجوهرية اللازمة قانوناً لقيامها(٩) فالجاني يجب أن يحيط إدراكاً ووعياً بالملابسات التي يتطلبها النموذج الجرمي الوارد في القانون والتي قد تكون صفة معينة في الموضوع، فقد تكون تلك الصفة قانونية أو طبيعية وقد يكون الموضوع شخصاً أو شيئاً(١٠). ولما كانت جريمة نقل الأمراض في القانون الكويتي جريمة عمدية فإن تأسيس قيام العلم بعناصرها علماً يقينياً هو حجر الزاوية؛ وذلك لأن القصد الجنائي لا يتأتى إلا بتوافر العلم بتلك العناصر علماً يقينياً خالصاً(١١). وعلى اعتبار أن المشرع الكويتي في صياغته التشريعية لجريمة نقل الأمراض قد اشترط العلم المسبق، وتعمد نقل المرض يغدو عنصر العلم مطروحاً على شقين: العلم بالشرط المفترض (المطلب الأول)، والعلم كعنصر في الركن المعنوي (المطلب الثاني).

المطلب الأول
العلم في الشرط المفترض

يعتمد النص التجريمي في بعض الأحيان على عناصر خارجية غير جزائية Extra-pénal ترتبط بالبناء القانوني للجريمة إلا أنها لا تشكل ركناً من أركانها المادية أو المعنوية وهو ما يمثل الشرط المفترض(١٢) والذي يعرف بأنه "حالة قانونية أو واقعية سابقة على الجريمة والتي تسهم في البناء التجريمي لسلوك الفاعل"(١٣). والمادة ١٥ من قانون الإيدز كما المادة ١٧ المستحدثة من قانون الأمراض السارية

(٩) سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٤، ص ٤٤٠.

(١٠) رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٥٤٨.

(١١) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة التاسعة، ٢٠٢٠، ص ٦٨٢.

(١٢) بدأ تخصيص مصطلح الشرط المفترض كمصطلح قضائي للمرة الأولى من خلال حكم محكمة النقض الفرنسية Cass. Crim., 30 mars 1971, cité par Emanuel Dreyer, Droit pénal général, 4e édition, LexisNexis, 2016, p.181.

(١٣) Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, Puf, Pais, 2010, p.228.

تطلبتا كلتاهما شرط العلم بالإصابة وهو ما يستدعي أن نقف بالتحليل على نطاق العلم (الفرع الأول)، ومن ثم استعراض درجات العلم (الفرع الثاني).

الفرع الأول
نطاق العلم

أولاً - العلم بالإصابة:

علقت كل من المادة ١٥ من قانون الإيدز والمادة ١٧ من قانون الأمراض السارية المسؤولية الجزائية على شرط العلم بالإصابة وذلك بالنص على: "كل من علم" والحقيقة أن المشرع الكويتي لم يكن بحاجة لاشتراط العلم في صياغة النص حيث إن القواعد العامة في قانون الجزاء الكويتي كافية لحمل ذلك الشرط المفترض، حيث تنص المادة ٤٠ من قانون الجزاء الكويتي على: "إذا لم يقض القانون صراحة بالعقاب على الفعل لمجرد اقترانه بالخطأ غير العمدي، فلا عقاب عليه إلا إذا توافر القصد الجنائي لدى مرتكبه"، ولما كان القصد الجنائي يتكون من علم وإرادة فإن ذلك يشمل كافة العناصر الواقعية الجوهرية المكونة للجريمة. والشرط المفترض - في مجال الركن المعنوي - يأخذ حكم العناصر الواقعية التي ينبغي أن يعلم بها الجاني، والجهل بها ينفي الركن المعنوي مما ينفي الجريمة العمدية برمتها(١٤).

واشتراط علم المتهم بالإصابة بالمرض هو علم في واقعة جوهرية يتعين العلم بها لقيام القصد الجنائي، حيث إنها وإن كانت غير مترابطة مباشرة بالركن المعنوي إلا أنها عنصر أساسي في بنائه من خلال قيام الشرط المفترض للجريمة والذي يتطلب إثبات وسيلة العلم من خلال وسائل الفن والخبرة كالتحاليل الطبية والمخبرية التي تثبت الإصابة بالفيروس المعني أو البكتيريا أو الطفيلي إلخ. ولا يكتفى لإقامة علم المتهم بالإصابة مجرد سحب عينة الدم أو اللعاب أو غيرها من السوائل وفحصها بالمختبر واطلاع الطبيب عليها، فهذا لا يقيم علماً بالإصابة حتى لو أثبتت النتائج إيجابية العينات المأخوذة منه، بل يجب أن يصل العلم للمتهم نفسه وأن يحاط علماً بتلك الإصابة بطريقة لا لبس فيها ولا غموض. وعلى ذلك فإن إرسال نتائج العينات بالبريد أو الرسالة الهاتفية أو الإلكترونية إلى المتهم لا تقيم علماً حتمياً إذا كانت النتائج عبارة عن قراءات مخبرية تتطلب دراية وخبرة فنية لتحقق العلم بها لا تتوافر بحق المتهم. بيد أن الأمر

(١٤) سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص٢٦٨. راجع كذلك:
Blandine Thellier de Poncheville, La condition préalable de l'infraction, PUAM, 2010, P312.

يختلف لو كان المتهم ممن تتوافر بحقهم تلك الخبرة الفنية في قراءة التحاليل؛ حيث إن مجرد إرسال تلك النتائج إليه يقيم قرينة على ثبوت العلم بالإصابة؛ وذلك لأن العلم كمفهوم قانوني حالة ذهنية يركن في تقديرها لمعيار شخصي لا موضوعي بحت، لأنه لا يرتبط بماديات الجريمة بل بنطاقها الذهني والذي يأخذ القاضي في تقديره وإثباته ظروف الجاني وخبرته وسنه وذكاءه ومستوى علمه(١٥).

يثار التساؤل فيما لو كان العلم بالإصابة بالمرض من خلال التحاليل السريعة Rapid test وهي بطبيعتها ليست تحاليل مخبرية(١٦) حيث إن التحاليل السريعة تختلف عن التحاليل المخبرية من حيث الدقة وهي تختلف بطبيعتها من شركة مصنعة إلى أخرى بناء على درجة حساسية التحليل ولكن في غالبها تعطي نتائج تصل دقتها إلى أكثر من ٩٥٪ في بعض الأمراض كالإيدز بالنظر لفترة الحضانة التي يتطلبها الفيروس لاكتشافه والتي تتأثر بدرجة تطور التحليل وحساسيته. بيد أن هذه النسبة قد لا تكون ذاتها بالنسبة لتحاليل سريعة لأمراض مستحدثة كما هو الشأن في فيروس Covid-19. ونرى أن يترك أمر تقديرها للمحكمة وفق قواعد الخبرة باعتبارها مسألة من مسائل العلم والفن.

كما أن العلم بالإصابة يجب أن ينصب حول موضوع المرض ألا وهو الفيروس المعني أو البكتيريا أو الطفيلي أو غيره، فالفاعل يجب أن يحاط علماً بنوع الميكروب المسبب للمرض كما لو كان فيروس covid-19 أو فيروس الإيدز أو الكوليرا أو غيره، على اعتبار أن العلم بالميكروب ذاته هو علم بواقعة جوهرية في الشرط المفترض من شأنه أن ينفي أو يقيم المسؤولية الجزائية برمتها.

أما بالنسبة لثبوت العلم بالإصابة فهي من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، فالمسألة تتعلق بثبوت العلم بالإصابة وليس ثبوت الإصابة ذاتها، فسلطة الاتهام عليها إثبات كافة أركان الجريمة ومسؤولية المتهم عنها(١٧) كما قضي بأن إثبات العلم لا يفترض بل يجب إقامة الدليل عليه نزولاً عند قرينة البراءة(١٨) وقد

---

(١٥) سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص ٤٤٠.

(١٦) يعتبر التحليل السريع من التحاليل غير المخبرية التي تجرى في المنازل أو في المراكز الطبية من خلال مسحة لعابية أو قطرات دم قليلة تعطي نتائجها خلال مدة تتراوح بين ١٥-٣٠ دقيقة. تعتمد التحاليل السريعة على قياس وجود مضادات الأجسام داخل العينة. راجع: www.cdc.gov

(١٧) مشاري العيفان وحسين بوعركي، الوسيط في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي: الجزء الثاني إجراءات المحاكمة، غير محدد الناشر، الطبعة الثانية، ٢٠١٧، الكويت، ص١٨٢.

يستقيها القاضي من الأدلة المباشرة كوجود ملف طبي للمتهم مع ثبوت مراجعته أو بثبوت إجراء التحاليل الطبية وإحاطته علماً بالنتائج، وقد تكون بشهادة الشهود أيضاً، كما يمكن إثبات العلم بالإصابة من خلال طرق الإثبات غير المباشرة كالقرائن، كما لو وجد مع المتهم أدوية معينة تأخذ لإصابات معينة من الأمراض الوبائية أو السارية.

وفي التطبيقات القضائية في القضاء المقارن أقام القضاء الفرنسي في حكمين شهيرين الدليل على علم المتهمين بإصابتهما بفيروس الإيدز سواء من خلال قيام المتهم بتزوير تحاليله المخبرية أو من خلال ثبوت إصابته بوقت سابق على ارتكاب الجريمة[١٩].

ثانياً - العلم بخصائص المرض:

لا يكفي لإقامة الشرط المفترض مجرد علم المتهم بثبوت الإصابة بالمرض بل يجب ثبوت علمه بطبيعة وخاصية المرض الطبية باعتباره مرضاً معدياً أو وبائياً ضاراً بالصحة[٢٠]. يجرنا ذلك للتساؤل عما إذا كان العلم بخصائص المرض باعتباره معدياً من مسائل العلم بالواقع أم بالقانون؟

والحقيقة أن المشرع الكويتي قد تبنى نظام الإحالة إلى الجداول، حيث نص في المادة الأولى من قانون الأمراض السارية على: "الأمراض السارية التي تخضع لأحكام هذا القانون هي الأمراض المبينة في الجدول الملحق في قسميه الأول والثاني، ويجوز لوزير الصحة - بقرار منه - إضافة أي مرض آخر إلى الجدول المذكور، والحذف والنقل من قسم إلى آخر من قسمي الجدول" وبالتالي فإن العلم بصفة المرض بأنه من الأمراض السارية مفترض لورود جدول بتلك الأمراض السارية، ويضحى الجهل بالصفة المعدية للمرض جهلاً بقانون ذي طبيعة جزائية؛ لأن المادة ١٧ من قانون الأمراض السارية تجرم النقل العمدي للأمراض السارية المذكورة في الجدول.

بينما قد تثار إشكالية ذات أهمية وهي أن المشرع الكويتي في المادة الأولى من قانون الأمراض السارية لم يعرف ماهية المرض الساري ولا خصائصه أو طبيعته،

---

(١٨) نقض ٢ يونيو ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض س ٢٦ ص ٣٨٧ مشار إليه في: مبارك النويبت، الوسيط في شرح قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي، غير محدد الناشر، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨، الكويت ص٤٢٧.

(١٩) Cass. Crim., 10 janvier 2006: Juris-data nº 2006-031651; Cass.crim., 2 juillet 1998: Juris-data nº1998-002982.

(٢٠) Michel Véron, Droit pénal spécial, 16e édition, 2017, Sirey, Paris, p.66; Richard Eliott, Droit pénal santé publique et transmission du VIH: Etude des politiques possibles, ONUSIDA, juin 2002, p.13, disponible sur: www.unaids.org

وإنما فقط قدّم صوراً ونماذج له وهي الأمراض الواردة في الجدول، وهذا قد يثير إشكالية طبيعة الجهل في خصائص المرض في ظل غياب تعريف له، فهل هو جهل بالقانون أم بالواقع؟ والحقيقة أننا نرى بأن تحديد قائمة من الأمراض ووصفها بأنها سارية يعتبر شكلاً من أشكال التعاريف، ولا يحول عدم إيراد تعريف للمرض الساري من اعتباره معرفاً بالذات من خلال إيراد نظام الجدول، مما يستتبع اعتبار الجهل بطبيعة الأمراض المعدية هو جهل بالقانون لا بالواقع.

وفي شأن العلم بخصائص الأمراض المعدية يتطلب أن نثير بعض الفرضيات المستحدثة طبياً:

- الفرضية الأولى: وهي مسألة ذات حداثة طبية وعلمية وهي إذا كان المتهم مصاباً بالمرض ويعلم بطبيعته المعدية إلا أنه يخضع للعلاجات المثبطة للفيروسات كعلاجات Antiretroviral therapy والتي من شأنها أن تحول دون نقل المرض إلى الآخر بحيث تكون الفيروسات غير مقروءة Undetectable[(٢١)] وهو يعلم ذلك. وقد عرضت قضية حديثة أمام القضاء الفرنسي في جريمة مشابهة حيث حكم ببراءة شخص من تهمة نقل فيروس الإيدز؛ وذلك لأن التحاليل المخبرية أثبتت أنه تحت العلاج، وأن الفيروس غير مقروء مما يستحيل معه تحقق نقل العدوى، وبالتالي تستحيل الجريمة والشروع بها على حدٍ سواء[(٢٢)]، وهو ما ذهبت إليه اللجنة الفيدرالية السويسرية للإيدز بشأن عدم جواز مساءلة الشخص جنائياً إذا كان تحت العلاج ووصوله للمرحلة غير المقروءة للفيروسات[(٢٣)]. والحقيقة أن العلم بطبيعة الحالة الصحية باستحالة

---

(٢١) يشير مركز الوقاية والتحكم بالأمراض إلى أن المصاب بفيروس نقص المناعة المكتسبة غير قابل لنقل الفيروس للآخرين حتى مع عدم أخذ الاحتياطات الوقائية إذا كان يخضع للعلاجات وكان مستوى الفيروسات في دمه غير مقروء Undetectable راجع: https://www.cdc.gov/hiv/risk/art/index/html

(٢٢) Cass.crim., 5 mars 2019, nº 18-82-704, P+B, Juris-data 2019-003225, note Philippe Conte: Relation sexuelle avec une personne porteuse du VIH, Droit pénal, nº 5 mai 2019, Comm.80.

(٢٣) Vernazza P, Hirschel B, Bernasconi E, Flepp M. HIV-infizierte Menschen ohne andere STD sind unter wirksamer antiretroviraler Therapie sexuell nicht infekti?s. Schweizerische?rztezeitung. 2008;89(5):165-169. Cited by: Scott Burris, Edwin Cameron and Michaela Clayton, The Criminalization of HIV: Time for an Unambiguous Rejection of the Use of Criminal Law to Regulate the Sexual Behavior of those with and at Risk of HIV, JAMA; volume 300, issue 6 (August 6, 2008), available at http://jama.ama-assn.org/.

نقل المرض كما في المثال سالف الذكر ينفي الجريمة لسببين: الأول أنه لا يمكن المساءلة عن الجريمة الكاملة وذلك لعدم تحقق النتيجة، والثاني أنه لا يمكن المساءلة عن الشروع بكافة صوره بما فيه الجريمة المستحيلة؛ وذلك لأن المشرع الكويتي يشترط للعقاب على الجريمة المستحيلة جهل الفاعل بالأسباب وراء استحالة تحقق النتيجة، وهذا لا يتوافر في حالة من يخضع للعلاجات ويعلم بوضع مرضه بأنه غير قابل للانتقال.

- الفرضية الثانية: وهي علم المتهم بالمرض وبطبيعته المعدية وخضوعه للعلاجات لكنه يجهل وصوله للحالة غير المقروءة للفيروسات على الرغم من تحققها، حيث نرى بأنه يساءل بصورة الشروع وفق صورة الجريمة المستحيلة؛ وذلك لأن استحالة تحقق النتيجة كان لظروف يجهلها الفاعل، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٥ من قانون الجزاء على: "ويعد المتهم شارعاً سواء استنفد نشاطه ولم يستطع رغم ذلك إتمام الجريمة، أو أوقف رغم إرادته دون القيام بكل الأفعال التي كان بوسعه ارتكابها. ولا يحول دون اعتبار الفعل شروعاً أن تثبت استحالة الجريمة لظروف يجهلها الفاعل".

الفرع الثاني
درجات العلم

إذا كان القصد في الجريمة العمدية يستوجب العلم بالعناصر الجوهرية لتلك الجريمة، فإنه في جريمة نقل الأمراض – كما بينا – يستوجب أن يحاط المتهم علماً بواقعة جوهرية سابقة على ارتكاب الفعل ألا وهي العلم بالإصابة. إلا أن العلم باعتباره حالة ذهنية في معرفة حقائق الأمور لا يستوي على درجة واحدة، فالعلم قد يأتي على درجات مختلفة تطابق كل منها قدراً من اليقين، فالعلم قد يكون يقينياً أو احتمالياً أو ممكناً[٢٤]، فهو يعتبر من العناصر الأساسية في بناء القصد الجنائي في الجريمة العمدية والذي يمثل التطابق الحقيقي لواقع الأشياء[٢٥].

والعلم في حقيقته لا يخرج عن اثنين، فإما أن يكون مطابقاً لحقيقة الأشياء وبه يكون العلم يقينياً، وإما أن يكون مخالفاً لها حيث يكون المتهم إما قد وقع في جهل أي انتفاء العلم بالواقعة أو غلط أي انتفاء العلم بحقيقتها[٢٦]. بيد أن الأمر ليس على

(٢٤) سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص٤٤١.

(٢٥) Yves Mayaud, Droit pénal général, PUF, 5e édition, p.269.

ذات النسق في جرائم نقل الأمراض، حيث من الممكن أن نتواجد في المناطق الرمادية من العلم بين اليقين والغلط، وهو يدعونا للمفارقة بين ثلاثة أنواع من العلم للوقوف على حقيقتها القانونية:

١ – **العلم اليقيني**: وهو أساس قيام المسؤولية الجزائية في جريمة نقل الأمراض، حيث يعلم المتهم علماً يقينياً بإصابته بالمرض وبنوعه، ويجب على المحكمة التثبت من توافر هذا العلم اليقيني. وقد يتأتى ثبوت العلم بطريقة مباشرة من خلال اعتراف المتهم بالواقعة أي بثبوت علمه بالإصابة، أو من خلال إثبات جهة التحقيق والاتهام تحقق ذلك العلم. ويمكن التدليل على ثبوت العلم اليقيني من خلال وجود ملف مراجعة للمتهم في المستشفى، أو سبق قيامه بإجراء التحاليل المخبرية وإلمامه بالنتائج، أو من خلال شهادة الشهود مثلاً على تحقق إصابة المتهم، شرط أن تكون تلك الشهادة منصبة على واقعة العلم وليس التكهن أو ظهور أعراض المرض أو الاشتباه بالإصابة.

٢ – **العلم الحكمي**: قد يتصور ألا يكون ممكناً ثبوت العلم اليقيني بحق المتهم بشأن إصابته بمرض من الأمراض السارية كما في حالة عدم وجود ملف طبي للمتهم، أو عدم ثبوت سبق إجرائه للتحاليل في أحد المستشفيات العامة أو الخاصة في الدولة، أو غياب شهادة الشهود بشأن علمه بالإصابة، ومع ذلك يكون المتهم في حقيقته عالماً بإصابته علماً يقينياً كما لو كان قد أجرى تحاليل مخبرية في الخارج.

في تلك الأحوال يمكن للمحكمة كما جهة الادعاء إثبات علم المتهم علماً حكمياً من خلال القرائن القضائية ومن خلال استنتاج المحكمة لواقعة مجهولة من أخرى معلومة، بشرط أن يكون استخلاص القرينة سائغاً يتماشى مع مقتضيات العقل والمنطق(٢٧)، حيث إن إقامة الأدلة القطعية حول واقعة معينة ليس دائماً بالأمر اليسير؛ مما يحتم اللجوء إلى وسائل تحوّل التردد القضائي إلى يقين(٢٨). والأمثلة على العلم الحكمي غير محصورة، ولكن يمكن إقامة العلم الحكمي للمتهم من خلال وجود علاجات معينة للمرض محل التهمة مع المتهم المصاب مما يقيم قرينة على علم المتهم بالإصابة، كما يمكن إقامة العلم الحكمي من خلال تحقق استلام المتهم للرسائل الورقية أو الهاتفية أو الإلكترونية بنتائج التحاليل المخبرية، فمجرد

(٢٦) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص. ٦٥٩.
(٢٧) مبارك النويبت، الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجزائية الكويتي، مرجع سابق، ص٥٠٧.
(٢٨) Paul Roubier, Théorie générale du droit, Dalloz, Paris, 2005, p.115.

استلام تلك الرسائل يقيم قرينة على العلم، وعلى المتهم إثبات عدم اطلاعه على تلك الرسائل، شرط أن تكون النتائج قابلة للقراءة وليست رموزاً أو علامات تتطلب خبرة طبية لقراءتها. كما أن الفقه الجزائي لا يعترف بالغلط غير المغتفر L'erreur inexcusable وهو الغلط الواقع من الشخص الذي يقع عليه التزام أو توافرت له الوسائل للتحقق من حقيقة الشيء ولكنه فضل المضي بالتصرف على نحو مشبوه[٢٩]. ولا يشمل ذلك حالة الإهمال كون أن الإرادة الجرمية والإهمال لا يلتقيان في وضع ذهني واحد[٣٠].

كما أن الأمر قد يأخذ منحى أكثر تعقيداً في العلم الحكمي، كما في حالة ظهور أعراض مرض معدٍ معين، أو أن المتهم قد اعتاد العيش في نمط حياة تحوفه المخاطر كالعاملين في مجال الدعارة، أو من اعتاد على مشاركة استخدام أدوات التعاطي، أو ممن يقيمون في مواطن أوبئة معينة، أو من العاملين في الصفوف الأمامية في التعامل مع مرضى الأوبئة. فالتساؤل هنا هل وجود تلك العناصر من شأنها أن تقيم العلم الحكمي بالإصابة بمجرد وجود الأعراض أو من دونها حتى لو ثبتت إصابة المتهم فيما بعد؟ أثير هذا الموضوع في الفقه والقضاء المقارن بصدد عدوى مرض الإيدز، حيث قدم اقتراح بتعديل على قانون الأمراض المعدية السنغافوري بشأن إمكانية المساءلة عن نقل العدوى إذا كان المتهم لديه من الأسباب ما يعتقد معها بإصابته بالمرض أو تعرضه لخطر الإصابة بالمرض[٣١]. كما أدانت محكمة سويسرية متهماً بجريمة غير عمدية بصورة الإهمال بنقل مرض الإيدز على الرغم من عدم علمه بالإصابة، إلا أنه كان على علم بدخوله في ممارسة خطرة من علاقة جنسية سابقة مع مصاب[٣٢]، كما اعتدت المحكمة العليا في كندا على الشك في العلم لدى المتهم في واقعة نقل مرض الإيدز على الرغم من عدم تحقق العلم اليقيني لديه[٣٣]. إلا أننا لا نؤيد هذا التوجه لأنه لا يقيم دلالة

(٢٩) Emmanuel Dreyer, Droit pénal général, op.cit., p.677.

(٣٠) مصطفى العوجي، المسؤولية الجنائية في المؤسسة الاقتصادية، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٥، ص ٧٢.

(٣١) Yiwen SB. Amendments to the Infectious Diseases Act. Juris Illuminae; 2007, cited by Scott Burris, Edwin Cameron and Michaela Clayton, The Criminalization of HIV: Time for an Unambiguous Rejection of the Use of Criminal Law to Regulate the Sexual Behavior of those with and at Risk of HIV, op.cit., p. 3

(٣٢) X v. A. Vol 6B_235/2007: Swiss Federal Court; 2008., cited by: op. cit.

منطقية تختلج في ذهن المتهم بتحقق الإصابة، وذلك لأسباب موضوعية وشخصية. فأما السبب الموضوعي فإن هذا المعيار من العلم الحكمي لا يمكن أن يطبق على كافة الأمراض السارية الواردة في الجدول؛ لأن هناك من الأمراض المستحدثة التي لم يتوصل العلم والطب بعد لدلائل قطعية الثبوت بطريقة انتقالها بصورة حصرية كما في حالة فيروس Covid-19 الذي اختلفت الآراء بشأن وسائل انتقاله – إلى يوم كتابة البحث – بين ملامسة الأسطح والانتقال عبر الهواء وهي مسألة فنية بحتة. كما أن الوضع في القانون الكويتي له خصوصية مختلفة وذلك لاحتوائه على قائمة حصرية من الأمراض السارية والتي في كثير منها لا يحاط بها العامة علماً ولا بطريقة تحقق الإصابة بها. وأما السبب الشخصي فلا يمكن أن نلزم الأفراد بالإحاطة علماً بظروف المخاطرة في كل الأمراض السارية حيث لا التزام إلا بمستطاع، وهو تحميل للفرد فوق طاقته من العلم والمعرفة في شأن مسألة طبية وعلمية بحتة.

٣ – **الجهل أو الغلط في العلم:** لا يثير الجهل مشكلة في ثبوت العلم فهو نقيضه، ولا يقيم الشرط المفترض في العلم بالإصابة، شرط ألا يتعمد المتهم الجهل ذاته كما أشرنا سابقاً. فقد يحدث أن تصل مضامين العلم – نتائج التحاليل أو الرسالة النصية أو الإلكترونية – إلى المتهم إلا أنه لا يكون قادراً على الإلمام بها، كما لو كانت بلغة أجنبية لا يجيد قراءتها، أو كانت مضامين العلم عبارة عن رموز أو دلالات طبية يعجز المتهم عن تحليلها، حيث على الرغم من ورود العلم إليه إلا أنه لم يتحقق العلم بحقيقة المرض، وبالتالي يعامل معاملة الجاهل بالأمر.

إلا أن الأمر قد يلتبس فيما يتعلق بالغلط في العلم بالإصابة، فقد يحدث أن يقع المتهم في غلط بحقيقة الإصابة ذاتها، أي أن فهمه جاء مخالفاً للواقع، فقد يحدث أن تصل نتائج مؤكدة للإصابة تحت مصطلح "النتيجة إيجابية" فيسيء المتهم ترجمة المصطلح باعتبار أنه ذو دلالة طبية ويظن أنه غير مصاب بالمرض، أو أن يقع في غلط في قراءة التحاليل غير المخبرية كما في تحاليل الفحص السريع الذي يجريه المتهم بنفسه، حيث نرى أنه إذا كانت النتيجة سلبية في قراءتها وعوّل عليها المتهم بينما هي في حقيقتها إيجابية وكان سبب ظهورها سلبية هو جودة

(٣٣) tude de législation comparée nº 151 - octobre 2005 - Le traitement pénal de la transmission du sida par voie sexuelle, Sénat, disponible sur: https://www.senat.fr/lc/lc151/lc151_mono.html

التحليل فإننا نرى بانتفاء العلم لديه لوقوعه في غلطٍ جوهري استناداً لنص المادة ٤٣ من قانون الجزاء الكويتي التي تنص على: "إذا ارتكب الفعل تحت تأثير غلط في الواقع، تحددت مسؤولية الفاعل على أساس الوقائع التي اعتقد وجودها إذا كان من شأنها أن تعدم مسؤوليته أو تخففها، بشرط أن يكون اعتقاده قائماً على أسباب معقولة وعلى أساس من البحث والتحري". بيد أن الأمر على خلاف ما ذكر فيما لو أتت النتائج إيجابية أي إصابة المتهم بالمرض بينما كانت في حقيقتها سلبية أو ما تسمى false negative، حيث إنه لا يمكن الاستناد لنص المادة ٤٣ في هذه الحالة لأنه جاء حصراً في الغلط الذي من شأنه أن يعدم المسؤولية أو يخففها، بينما ظهور النتيجة إيجابية – حتى لو كانت خاطئة – ليس من شأنه أن يخفف المسؤولية أو يعدمها، بل من شأنه أن يقيم حالة من الوهم بثبوت الإصابة والتي ينطبق عليها عجز الفقرة الثانية من المادة ٤٥ من قانون الجزاء الكويتي بشأن الجريمة المستحيلة التي تنص على: "ولا يحول دون اعتبار الفعل شروعاً أن تثبت استحالة الجريمة لظروف يجهلها الفاعل" حيث إن الفاعل في مثالنا المعروض كان يجهل حقيقة النتيجة مما يدخله في دائرة الجريمة المستحيلة.

المطلب الثاني
العلم كعنصر في الركن المعنوي

لا يقتصر العلم في جرائم نقل الأمراض على المرحلة السابقة لارتكاب السلوك الآثم، بل يمتد كذلك إلى الركن المعنوي في تلك الجريمة. وفي هذا الموضع يأخذ العلم نطاقاً مختلفاً عنه في الشرط المفترض، حيث إن العلم في الركن المعنوي هو الإحاطة علماً بصلاحية السلوك المادي المرتكب لتحقيق نقل المرض، وقد يأخذ العلم – كما بينا – درجات متفاوتة بين اليقين والاحتمال والإمكان؛ لذلك يجب أن يبسط العلم كعنصر من عناصر الركن المعنوي في جريمة نقل المرض في ضوء النصوص الواردة في القانون الكويتي.

تلاقت صياغة كل من المادتين ١٧ من قانون الأمراض السارية والمادة ١٥ من قانون الإيدز على اشتراط الصفة العمدية للانطواء تحت شروط تطبيق تلك المواد. والحقيقة – كما ذكرنا سلفاً – أن غياب اشتراط الصفة العمدية في السلوك في صياغة النص لن يمد من نطاق الجريمة لتشمل السلوك العمدي وغير العمدي بل سيظل الأمر على ما هو عليه في اعتبار أن الجريمة عمدية. إلا أن أثر ذكر المشرع للصفة العمدية في صياغة النص هو التزام سلطة الملاحقة والاتهام بإثبات وجود هذا القصد بوضوح

إما بالاعتراف أو شهادة الشهود أو استنتاجاً من الظروف التي رافقت ارتكاب السلوك[٣٤] وإثبات هذا القصد يتطلب إثبات العلم والإرادة المتجهة إلى تحقيق النتيجة.

ولما كانت جريمة نقل الأمراض وفق النصوص السالفة هي من جرائم الضرر والتي يتطلب فيها تحقق نتيجة، فإن النتيجة تتحقق في نقل المرض ذاته مما يستتبعه لزوم علم المتهم بأن السلوك المادي الذي أتاه من شأنه أن يرتب ذلك الأثر للتدليل على الصفة العمدية للسلوك[٣٥]. وعليه فإنه يقع على عاتق جهة الملاحقة والاتهام إثبات أن المتهم كان عالماً بالسلوك المادي وبطبيعته الناقلة للمرض كإثبات علمه بأن العطاس أو السعال أو مشاطرة أدوات التعاطي أو الاتصال الجنسي غير الآمن سلوكيات من شأنها أن تنقل المرض محل الجريمة، وهو علم بطبيعته متصل بعناصر واقعية جوهرية.

والعلم المعول عليه في قيام القصد الجنائي يجب أن يطابق الحقيقة العلمية في وسيلة نقل الأمراض، وأن تكون العلوم الطبية والبيولوجية قد أحاطت علماً بشكل قطعي الثبوت بتلك الوسائل أو السلوكيات. وعلى سبيل المثال إلى يوم كتابة البحث لم يحصر العلم الطبي أو البيولوجي بشكل قطعي غير قابل للتشكيك كافة الوسائل التي ينتقل من خلالها فيروس Covid-19 وخاصة فيما إذا كان فعلاً ينتقل عبر أوساط معينة كالهواء[٣٦] أو من خلال الاتصال الجنسي[٣٧]، وهذه الحالة من عدم استقرار العلم بالوسيلة من شأنها أن تولد نوعاً من التسرع الفقهي أو القضائي خاصة عند تطبيق نصوص جرائم نقل الأمراض خلال فترة انتشار أوبئة حديثة نسبياً لم يعتد القضاء أو الفقه التعامل معها، وهذا ما حصل في جرائم عرضت على القضاء الأمريكي وأدين فيها متهمون مصابون بفيروس الإيدز بعقوبات جسيمة تصل لأكثر من خمس وعشرين سنة بتهمة الشروع بالقتل لمجرد البصق على المجني عليه، في حين أن ذلك السلوك ليس من شأنه أن يحدث العدوى[٣٨].

---

(٣٤) مصطفى العوجي، المسؤولية الجنائية في المؤسسة الاقتصادية، مرجع سابق، ص٦١.

(٣٥) Béatrice Chapleau, La pénalisation de la transmission du virus de l'immunodéficience humaine par voie sexuelle, Droit pénal, nº10, 2006, étude 18.

(٣٦) تقرير علمي صادر عن منظمة الصحة العالمية بتاريخ ٢٩ مارس ٢٠٢٠ راجع: https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/modes-of-transmission-of-virus-causing-covid-19-implications-for-ipc-precaution-recommendations

(٣٧) https://www.theguardian.com/world/2020/may/07/covid-19-found-in-semen-of-infected-men-say-chinese-doctors

وقد أثار الفقه والقضاء المقارن بصورة غير مباشرة لزوم العلم بطبيعة السلوك في تحقيق النتيجة، وذلك من خلال نفي المسؤولية الجنائية عن جريمة نقل مرض الإيدز إذا اتخذ الفاعل الاحتياطات اللازمة للحيلولة دون انتقال المرض(٣٩)، وهو ما يستشف منه علم الفاعل مسبقاً بالسلوك المادي الذي من شأنه أن يحقق نقل المرض ذاته. والتحقق من ثبوت العلم بطبيعة السلوك الناقل للمرض هو من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، فشيوع العلم بوسائل انتقال المرض من خلال وسائل الإعلام من شأنه أن يقيم تحقق العلم في بعض الأمراض التي أخذت حيزاً من الاهتمام والحديث كما في فيروس Covid-19 أو الإيدز أو أمراض الكبد الوبائية، مع ضرورة أن تأخذ المحكمة في الاعتبار العناصر الشخصية للمتهم كسنه ومستواه الثقافي والتعليمي باعتبارها عناصر مدعمة لثبوت العلم. وعلى النقيض من ذلك قد يشكل تحقق العلم في السلوك الناقل للمرض صعوبة في إثباته إذا تعلق ببعض الأمراض السارية غير شائعة العلم لدى العامة كالحمى الصفراء أو الطاعون أو الكوليرا باعتبارها من الأمراض المحجرية الواردة في جدول قانون الأمراض السارية.

ويثار تساؤل عن مدى إمكانية تحقق الصفة العمدية في نقل المرض بمجرد توافر العلم بصلاحية السلوك لإحداث النتيجة، بمعنى آخر هل يكتفى بعلم المتهم بصلاحية سلوكه لنقل المرض من أجل قيام القصد الجنائي في حقه؟ أحدث هذا الموضوع انقساماً قانونياً بين القضاء والفقه الفرنسيين، حيث يتجه القضاء الفرنسي إلى أن العلم بصلاحية السلوك لإحداث النتيجة من شأنه أن يدلل على اتجاه نية الفاعل لتبنيها، واعتبار ذلك العلم قبولاً ضمنياً للنتيجة التي سيرتبها سلوكه المادي(٤٠) في حين أن الفقه ينتقد هذا التوجه القضائي باعتبار أن مجرد العلم بصلاحية السلوك لتحقيق النتيجة – نقل المرض – إشكالية تتداخل بين القصد الجنائي العمدي والخطأ الجسيم،

---

(٣٨) Scott Burris, Leo Beletsky, Joseph Burleson, Batricia Case and Zita Lazzarini, Do criminal laws influence HIV risk behaviour? An empirical trial, Arizona State Law journal, 467, 2007.

(٣٩) تفسير القضاء الألماني للمادة ٢٢٤ من قانون الجزاء، وتفسير المادة ٢٥٢ من قانون الجزاء الدنماركي، وتفسير المادة ٨٢ من قانون الجزاء الهولندي، وتفسير المادة ٢٣١ من قانون الجزاء السويسري. راجع: Etude de législation comparée nº151- octobre 2005- Le traitement pénal de la transmission de sida par voie sexuelle, Sénat, disponible sur: https://www.senat.fr/lc/lc151/lc151_mono.html

(٤٠) CA Rouen, 22 sept. 1999: Juris-Data nº 1999-707526; JCP G 2000, IV, 2736; CA Colmar, 4 janv. 2004: D. 2005, p. 1069, note A. Paulin.

باعتبار أن كليهما يتحدان في تحقق العلم بصلاحية السلوك لترتيب النتيجة، وهذا العلم لا يغني عن ضرورة تحقق إرادة نقل المرض باعتبارها منفصلة عن العلم وإلا لعاقبنا على الجريمة العمدية بصورة الخطأ الواعي. كما يشير الفقه وبحق إلى أن مجرد ممارسة السلوك الخطر الناقل للمرض لا يتساوى مع نية نقل المرض ذاته[٤١]. وكذلك الأمر في النص الكويتي لنقل الأمراض الذي اشترط الصفة العمدية في السلوك فإنه لا يقبل أن يدلل على توافر نية نقل المرض مجرد العلم بصلاحية السلوك لإحداث النقل، حيث إن ذلك من شأنه أن يقيم قرينة غير قابلة للنقض أساسها أن كل علم يقيم بحكم اللزوم الإرادة وهو ما يقود لتبني نظرية العلم في القصد الجنائي، ومفادها أن القصد الجنائي يكتفى لقيامه توافر العلم وتوقع النتيجة، حيث إن إرادة تحقيق النتيجة خاضعة لقوانين الطبيعة وهي نظرية منتقدة في الفقه والقضاء وقد استعيض عنها بنظرية الإرادة التي تتطلب العلم وإرادة تحقيق النتيجة لقيام القصد الجنائي[٤٢]. كما أن الاقتصار على العلم في جريمة نقل الأمراض لإثبات إرادة تحقيق النتيجة يشكل صورة من صور القصد الاحتمالي، وهو قصد لا يعترف به قانون الجزاء الكويتي في قواعده العامة سوى في المادتين ٥١ و٥٣ المعنيتين بمساءلة الفاعل الأصلي الآخر والشركاء عن الجريمة الاحتمالية التي يرتكبها الفاعل الأصلي وهي بطبيعتها ليست موضع البحث.

يضاف إلى ذلك أن الاقتصار على العلم للتدليل على توافر نية نقل المرض من شأنه أن يوصلنا إلى نتائج غير منطقية ومنافية لمفاهيم العدالة، فالأب المصاب بفيروس Covid-19 وهو يعلم بذلك ويخالط أفراد أسرته مع علمه باحتمالية إصابتهم من شأنه أن يقيم في حقة القصد الجنائي العمدي في جريمة نقل المرض فيما لو استندنا لنظرية العلم كأساس لقيام القصد الجنائي. كما قد تتعقد بعض الفرضيات في العلم نتيجة لتطور الطب والعلم فقد يتحقق ثبوت علم المتهم بالسلوك وبخصائصه التي من شأنها أن تنقل المرض، ولكن يعول على إقرار المجني عليه بتناوله أدوية معينة تحول دون تحقق الإصابة كأدوية Pre-exposure prophylaxis[٤٣] وهذا الوضع قد يتوافر في المستقبل لعدد كبير من الأمراض الحالية أو المستقبلية، فالعلم في تطور مستمر. ففي المثال السابق قد يحدث أن ينتقل المرض رغم تناول المجني

---

(٤١) Béatrice Chapleau, La pénalisation de la transmission du virus de l’immunodéficience humaine par voie sexuelle, Droit pénal, op.cit., nº7.

(٤٢) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص٦٤٦.

(٤٣) وهي نوع من الأدوية تصرف للحماية من التعرض لفيروس الإيدز، ويقر مركز الحماية =

عليه لتلك الأدوية، فهل يكتفى بالعلم للقول بقيام نية نقل المرض لدى المتهم؟ في الحقيقة لا يمكن في هذه الحالة القبول بقيام القصد الجنائي لمجرد علم المتهم بطبيعة السلوك وصلاحيته في نقل المرض دون أن يشمل ذلك التدليل بشكل منفصل على نيته نقل المرض ذاته.

إن البناء القانوني السليم لأي جريمة يجب أن يكون بمنأى عن محاولة إيجاد أي حلول ترقيعية أو تفاسير غير منضبطة لمعالجة المشرع الجزائية، فقصور هذا الأخير في سلامة التشريع يتحمله وحده، لا أن نوجد حلولاً لا تستقيم والقواعد العامة في القانون الجزائي. وتكمن صعوبة جريمة نقل الأمراض في المادة ١٧ من قانون الأمراض السارية، والمادة ١٥ من قانون الإيدز، في أنها من جرائم النتيجة العمدية وهذا ما أدى إلى صعوبة إثبات تعمد نقل المرض حيث كان بمقدور المشرع أن يتجاوز ذلك الوضع بإيجاد جريمة أخرى مضمونها التعريض للخطر بغض النظر عن تحقق النتيجة، وبغض النظر عن نية نقل المرض ذاته. ومع ذلك فإن صعوبة النصين سالفي الذكر لا تقتصر على جانب العلم في بنائها القانوني، بل تمتد وبشكل أوسع نطاقاً إلى بناء العلاقة السببية في تلك الجريمة.

= والتحكم بالأمراض بفعاليتها التي تصل إلى ٩٩٪ بشأن الممارسة الجنسية غير الآمنة إذا أخذت بانتظام وبنسبة ٧٤٪ إذا تعلق الأمر بالحقن الملوثة نتيجة تعاطي المخدرات. راجع: https://www.cdc.gov/hiv/basics/prep.html

المبحث الثاني
العلاقة السببية في جريمة نقل الأمراض

على خلاف البناء القانوني للعلم في جريمة نقل الأمراض الذي انصب على الركن المعنوي في الجريمة، فإن الحديث في العلاقة السببية لتلك الجريمة ذو طبيعة موضوعية تستخلص من الخواص المادية للسلوك لإحداث النتيجة المجرمة في النص الجزائي ألا وهو نقل المرض ذاته باعتباره نتيجة في الجريمة(٤٤). ولسلامة البناء القانوني للجريمة فإن العلاقة السببية يجب أن تكون واضحة المعالم في عزو النتيجة للسلوك المادي الذي أتاه الفاعل، وهي ذات صرامة في القانون الجزائي أكثر منها في القانون المدني(٤٥)؛ لذلك يتبنى المشرع الكويتي السببية المباشرة كقاعدة عامة في إثبات العلاقة السببية في جرائم القتل، وأما ما دون القتل، فهي تبنى - وفق موقف القضاء الكويتي - على العلاقة المادية التي تبدأ بالفعل الضار الذي قارفه الجاني وترتبط من الناحية المعنوية بما يجب أن يتوقعه من النتائج المألوفة لفعله(٤٦). ومع ذلك فالعلاقة السببية لا يشترط فيها أن تكون حصرية على المتهم أي من المتصور إثبات العلاقة السببية على فعل أكثر من مساهم في الجريمة، كما أنها لا يشترط أن تكون آنية(٤٧) ولكن بذات الوقت لا يتلاءم والعلاقة السببية أن يفصل بين السلوك والنتيجة مساحة زمنية غير معقولة تفقد ما لرابطة السببية من متانة ومنطقية(٤٨) فالعلاقة السببية يجب أن تقيم اليقين في وجدان القاضي؛ وذلك لحمل الحكم على سلامة الأسباب. فعلى سبيل المثال قيد المشرع الكويتي في المادة ١٥٦ من قانون الجزاء العلاقة السببية في جريمة القتل بمعيار زمني يجب أن تتحقق الوفاة خلاله وهو سنة كاملة من وقوع سبب الوفاة، وهو ما يدلل على أهمية عنصر الزمن في استقرار المراكز القانونية وثبوت العلاقة السببية أو نفيها.

والحقيقة أن العلاقة السببية في جرائم نقل الأمراض ليست بالأمر الهين، ويرجع ذلك للمشقة في إثبات العلاقة السببية في هذه الجريمة، وذلك بسبب طبيعتها المادية

(٤٤) سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص٤١٣.

(٤٥) Emmanuel Dreyer, La causalité directe de l’infraction, Droit pénal, nº6 juin 2007, étude nº9.

(٤٦) عادل المانع، الخطأ غير العمدي عبر العلاقة السببية غير المباشرة دراسة مقارنة بين القانونين الكويتي والفرنسي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، سبتمبر ٢٠١٠، ص١٢٤.

(٤٧) Emmanuel Dreyer, La causalité directe de l’infraction, op.cit., nº4.

(٤٨) Ibid.

باعتبارها جريمة ضرر، فالمشرع لم يتبن جريمة التعريض للخطر في نقل الأمراض، بل تطلب تحقق نتيجة مادية ألا وهي نقل المرض ذاته. كما تأخذ الجريمة جانباً أكثر تعقيداً إذا انتبهنا إلى أنه في حالة الملاحقة الجزائية نكون أمام طرفين (متهم ومجني عليه) كليهما مثبتة إصابته بالمرض، وهو ما يدعونا للتفكير على مهل وطرح السؤال التالي: من الذي تسبب بإصابة الآخر؟ ولا يغني عن ذلك استباق المجني عليه للمتهم في تقديم الشكوى أمام أجهزة العدالة للإقرار بصفته كمجني عليه، فقد يحدث أن يكون هذا الأخير سيِّئ النية، وهو ما يدعونا لأن نطرح إشكالية ثبوت العلاقة السببية من زاويتين: الأولى تعنى بدور الزمن في إثبات العلاقة السببية بين السلوك المادي ونقل المرض (المطلب الأول) على أن نستتبعها بتناول دور أطراف الجريمة في إثبات العلاقة السببية أو نفيها (المطلب الثاني).

المطلب الأول
الزمن في العلاقة السببية في جريمة نقل الأمراض

تشكل سلامة البناء القانوني للعلاقة السببية في جرائم نقل الأمراض هاجساً لدى الفقه إذا كانت الجريمة بوصف الجرائم المادية أي جرائم الضرر على سند من القول إن إثبات الجريمة وبناءها القانوني المتكامل قد تحوفه مخاطر التسرع أو عدم الإلمام الصحيح بكيفية تأسيسها تأسيساً قانونياً سليماً[٤٩]؛ لذلك تتطلب سلامة التأسيس التأكيد على ضرورة إقامة علاقة سببية مباشرة ويقينية في جرائم نقل الأمراض[٥٠]. ومن ضمن تلك المخاوف الربط بين الزمن وسلامة تأسيس العلاقة السببية، ومرد ذلك أن التطور العلمي لم يصل مبلغاً من التقدم يستطيع معه تحديد موعد الإصابة بالمرض بشكل قطعي ومحدد بالميعاد والتاريخ الأمر الذي لن يسعف القضاء في إسناد المسؤولية الجزائية، وتبعاً لذلك صعوبة إقامة العلاقة السببية بصورة يقينية. ويلعب الزمن أدواراً مختلفة في تأسيس العلاقة السببية، والسببية المعول عليها هي السببية القانونية وليست السببية المادية، أي الارتباط السليم من وجهة نظر القانون بين فعل المتهم والنتيجة التي ترتبت في إمكانية إثارة المسؤولية

---

(٤٩) Scott Burris & others, Do criminal laws influence HIV risk behaviour? An empirical trial, op.cit., p.6.

(٥٠) Michel Véron, Droit pénal spécial, op.cit., p.66; Jean Pradel et Michel Danti-Juan, Droit pénal spéciale, 7e édition, Cujas, 2017, p.79.

الجزائية للمتهم دون أدنى شك، ويلعب الزمن دوراً في ميعاد ثبوت إصابة المتهم (أولاً)، وميعاد إصابة المجني عليه (ثانياً)، وميعاد اكتمال عناصر الركن المادي (ثالثاً).

أولاً – ميعاد ثبوت إصابة المتهم:

جاءت صياغة كل من المادة ١٧ من قانون الأمراض السارية والمادة ١٥ من قانون الإيدز باشتراط غير مباشر لميعاد ثبوت الإصابة لإمكانية تأسيس العلاقة السببية في جريمة نقل الأمراض، حيث نصت المادتان في غرتيهما على أن: "كل من علم أنه مصاب وتسبب عمداً"، فالنص الوارد يقيم سنداً زمنياً لإمكانية عزو النتيجة للسبب وهو تحقق الإصابة قبل ممارسة السلوك الناقل للمرض، بمعنى آخر أن تثبت إصابة المتهم بالمرض الساري أو المعدي قبل ارتكاب السلوك المادي للجريمة أو أن يكون معاصراً له.

فالعلاقة السببية بمنظورها القانوني لا تؤسس لمجرد تحقق إصابة المتهم بالمرض، بل يجب لإثباتها أن يقام الدليل على ثبوت إصابة المتهم وقت ارتكاب السلوك المادي الناقل للمرض، كما لو تحقق فعلاً من إصابة المتهم بفيروس Covid-19 قبل قيامه بالسعال أو البصق أو العطاس على المجني عليه، أو بذات وقت اكتشاف الإصابة. فقيام جهة الملاحقة بإثبات إصابة المتهم من خلال تحاليل لاحقة على ارتكاب السلوك المادي مسألة ليس من شأنها أن تثبت قيام العلاقة السببية، وخاصة إذا مضت مدة زمنية بين ارتكاب السلوك والخضوع للتحليل، فالتحليل اللاحق لا يقيم دليلاً على تحقق الإصابة وقت ارتكاب السلوك(٥١) فهذا التحليل يثبت فقط أن المتهم كان مصاباً وقت إجراء التحليل وليس وقت ارتكاب السلوك المادي. والقول بخلاف ذلك من شأنه أن يمس مساساً مباشراً بقرينة البراءة؛ وذلك لما يشكله من افتراض الحقيقة في غير موضعها ودون سند منها.

ويشير الفقه إلى أن العلاقة السببية مؤطرة بإطار زمني يقيّم بوقت ارتكاب الفعل وليس بعده، فإذا لم يمكن عزو النتيجة المترتبة إلى السلوك وقت قيامه تكون العلاقة السببية منتفية في هذه الحالة، ولا تقيم سنداً في إقامة المسؤولية الجزائية بحق المتهم(٥٢)، كما أن رابطة العلاقة السببية لا تقام بناء على الاحتمال أو التوقع(٥٣).

---

(٥١) Richard Elliott, Droit pénal santé publique et transmission de VIH, op.cit., p.25.

(٥٢) Cass.crim., 14 avril 2015: Bull. crim. 2015 nº78 cité par Emmanuel Dreyer, droit pénal général, op.cit., p.574.

(٥٣) Michel Véron, La certitude du lien de causalité, Droit pénal, nº6, juin 2008, comm.82.

إلا أنه يمكن ربط العلاقة السببية – إذا توافرت بقية الشروط التي سنتناولها تباعاً – بتحقق العلم الحكمي للمتهم كما بيَّناه عند الحديث عن العلم وهو سندٌ في ثبوت العلاقة السببية في جريمة نقل المرض، كما يمكن إقامة القرائن على انسحاب نتائج التحليل إلى يوم ارتكاب الجريمة فيما لو كان هناك أكثر من مجني عليه على الوجه الذي سنبينه تباعاً. إن ثبوت ميعاد إصابة المتهم أثناء ارتكاب الجريمة لا يشكل العنصر الوحيد في إقامة العلاقة السببية، بل يجب أن ينظر من جانب آخر إلى عناصر أخرى قد تثير كذلك تعقيدات من جانب آخر وأخصها ميعاد فحص المجني عليه والتحقق من إمكانية ربط النتيجة بسلوك المتهم، وهو ما يستدعي الوقوف على تلك النقطة بشيء من التفصيل.

ثانياً – زمن إصابة المجني عليه:

على عكس من ميعاد إصابة المتهم يشكل الفحص اللاحق للمجني عليه في حقه مسألة منطقية في ثبوت العلاقة السببية؛ وذلك لأن جريمة نقل الأمراض من جرائم الضرر والتي تتطلب تحقق نتيجة معينة، ولا يستقيم ثبوتها إلا بتحليل المجني عليه والاطلاع على نتائجه. ويلعب الزمن دوراً مهماً في شأن فحص المجني عليه، ويثير معه السؤال التالي: هل فحص المجني عليه اللاحق لارتكاب الجريمة دلالة حتمية على خلوه من المرض وقت ارتكاب الجريمة، مما يسند إقامة العلاقة السببية؟ بمعنى آخر هل هناك افتراض بسلامة المجني عليه صحياً وخلوه من المرض وقت ارتكاب الجريمة؟

تشير دراسة قانونية لبرنامج الأمم المتحدة المشترك لفيروس نقص المناعة المكتسبة إلى أن العلاقة السببية يجب أن تؤسس بوضوح ودون أي شك منطقي sans doute raisonnable وهو ما يستتبعه ضرورة التيقن من أن المجني عليه لم يكن مصاباً بالمرض وقت ارتكاب الجريمة، وهو ما ينفي بموجبه افتراض السلامة في حق المجني عليه، وأن التحليل اللاحق للمجني عليه – كما هو الحكم في التحليل اللاحق للمتهم – لا يعكس سوى الحقيقة العلمية وقت إجراء التحليل دون سواها[٥٤]، ويؤكد ذلك جانب من الفقه العربي – الذي لم يثر كثيراً هذه النقطة – بضرورة أن يكون المجني عليه سليماً وقت تحقق الجريمة عليه، وألا يكون حاملاً لمسببات أو لفيروسات أحد الأمراض المعدية سلفاً[٥٥]، وهو ما يؤكد دور الزمن المتمثل بثبوت نتائج التحليل وارتباطها بقيام العلاقة السببية.

(٥٤) Richard Elliott, Droit pénal santé publique et transmission de VIH, p.26.

(٥٥) سعد صالح شكطي نجم وأياد علي أحمد، جرائم نقل العدوى العمدية، دراسة تحليلية مقارنة في قانون العقوبات العراقي، مرجع سابق، ص ١٤٨.

بيد أننا نرى أن الآراء التي استوجبت سلامة المجني عليه وقت ارتكاب الجريمة وانتفاء قرينة السلامة قد جاءت في البحوث القانونية التي انصبت على مرض نقص المناعة المكتسبة، وهو أمرٌ متفهم؛ نظراً لأنه أكثر الأمراض التي عولجت من منطلق قانوني، علاوة على ما شهده العالم من انتشار لهذا المرض. إلا أن جريمة نقل الأمراض يجب ألا تختزل فقط في مرض الإيدز، فقانون الأمراض السارية الكويتي يحتوي على جدول بنظام القائمة الحصرية لجملة من الأمراض، وهو ما يتطلب أن يكون تحليلنا في شأن افتراض أو انتفاء سلامة المجني عليه على شيء من التفصيل.

لم يعالج المشرع الكويتي هذه الإشكالية، ولم يتطرق لها الفقه كذلك، إلا أن مسألة "افتراض سلامة المجني عليه" مسألة مرتبطة بعنصر اليقين في سلامة العلاقة السببية، والحقيقة أنه في بعض الأحيان لا مناص من الارتكان للقرائن في سبيل تعزيز قيام العلاقة السببية وفق فكرة ترجيح السبب(٥٦). ويمكننا تقديم مسارات فكر في مسألة قرينة سلامة المجني عليه على سندٍ من واقع الأمر من خلال زاويتين:

١ - ثبوت افتراض سلامة المجني عليه: وفي هذه الحالة تفترض المحكمة أن المجني عليه كان سليماً يوم ارتكاب الجريمة، ويمكن الاعتداد بذلك الافتراض إذا تعلق الأمر بمرض أو فيروس غير منتشر في بلد أو مكان ارتكاب الجريمة أو بين الجماعات التي ينتمي إليها المجني عليه، كما في حالة أمراض محددة غير واسعة الانتشار كالملاريا أو أمراض الكبد الوبائي - في بعض البلدان - أو الحمى الصفراء. كما يمكن افتراض سلامة المجني عليه إذا تعلق الأمر بوباء في بداية انتشاره، كما في حالة فيروس Covid-19 في أول ظهوره عندما كان عدد الحالات قليلاً جداً، وكانوا جميعهم تحت الإقامة الجبرية في المحاجر العامة.

٢ - انتفاء افتراض سلامة المجني عليه: وهي حالة تغليب عدم سلامة المجني عليه، وهي متصورة في حالتين: الأولى حالة الانتشار الواسع لوباء أو مرض معين في البلد أو المكان الذي وقعت فيه الجريمة أو في الجماعات التي ينتمي إليها المجني عليه، بحيث تكون الإصابات كبيرة إلى درجة أنه لا يمكن افتراض سلامة المجني عليه يوم ارتكاب الجريمة، والثانية هي درجة الخطورة أو نمط الحياة الخطر الذي يحيط بدائرة المجني عليه والذي يكون من شأنه احتمالية تعرضه للمرض كبيرة، كما في حال الأطباء والممرضين العاملين في الصفوف الأمامية للحد من انتشار وباء معين، حيث إن درجة الخطورة في وضعهم عالية نسبياً، وهو ما تثبته على

(٥٦) Emmanuel Dreyer, Droit pénal général, op.cit., p.575.

سبيل المثال الإصابات التي تعرض لها أطقم التمريض والأطباء في جائحة كورونا، فعمل الطبيب أو الممرض في مكافحة تلك الجائحة في ظل غياب المعدات الأولية لحماية تلك الأطقم من واقيات وغيرها من شأنه أن ينفي افتراض سلامته فيما لو تعرض لعطاس عمدي من أحد المصابين بفيروس Covid-19، فالمسألة تقدر وفق واقع الحال. والأمر على ذات الحكم لفيروس الإيدز فيما لو كان المجني عليه ممن اعتادوا العمل في الدعارة، أو كان متعدد الشركاء الجنسيين، أو ممن ينتمون لجماعات ترتفع لديهم نسب الإصابة، أو ممن اعتاد مشاطرة أدوات التعاطي، فهذه الأمثلة تنفي افتراض سلامة المجني عليه يوم ارتكاب الجريمة.

وقد تثار في مواجهة هذا الرأي حجة مفادها: طالما أنه تنتفي قرينة السلامة في المجني عليه الذي يتواجد في دائرة الخطر، إذن لماذا لا ينسحب ذات الحكم على الجاني إذا كان بطبيعته ممن يعيش نمط حياة تحوفه المخاطر؟ تكمن الإجابة في نمط التفسير الذي يستند إليه في استجلاء قواعد الإباحة والإدانة، وأنه إذا تعلق الأمر بالقواعد التي من شأنها عدم معاقبة الفاعل، فإنه يلجأ إلى التفسير الموسع طالما أن ذلك من شأنه أن ينسحب على خروج السلوك من باب القمع الجزائي(٥٧)، علاوة على أن التفسير في هذا الموضع لا ينصب على نص جزائي بل على واقعة مادية.

ومع ذلك فإن انتفاء افتراض سلامة المجني عليه بناء على ما قدمناه ليس مسألة قطعية الدلالة؛ فهي مجرد أمارات من شأنها تكريس احترام قرينة البراءة لدى المتهم من جهة، والبعد عن أي شبهة تورد الشك حيال قيام العلاقة السببية من جهة أخرى. ومع ذلك هناك من الحالات ما تعزز قرينة سلامة المجني عليه يوم ارتكاب الجريمة، وهي حالة تعدد المجني عليهم الذين نقل إليهم المتهم المرض، وهو ما حصل في واقعة أمام القضاء الإيطالي الذي أدان متهماً بنقل عدوى فيروس الإيدز إلى ثلاثين امرأة من أصل ثلاث وخمسين امرأة(٥٨)، فتعتبر كثرة أعداد المجني عليهم قرينة قوية على سلامتهم يوم ارتكاب الجريمة، مما يفيد بقيام العلاقة السببية وانسحاب افتراض السلامة الصحية إلى وقت ارتكاب الجريمة.

---

(٥٧) فايز عايد الظفيري، القواعد العامة في قانون الجزاء الكويتي: نظرية الجريمة والعقوبة، الطبعة السادسة، الكويت، ٢٠١٧-٢٠١٨، ص ١٤٩.

(٥٨) https://www.ouest-france.fr/sante/un-italien-risque-la-perpetuite-pour-avoir-transmis-le-vih-une-trentaine-de-femmes-5342476

ثالثاً – زمن اكتمال عناصر الركن المادي:

قضي في شأن دور الزمن بنفي أو ثبوت العلاقة السببية أن مجرد مضي فترة من الزمن بين الفعل والنتيجة لا يحول دون قيام تلك العلاقة(٥٩) ومع ذلك فإن القانون الجزائي لا يستقيم ورد النتائج إلى أسباب بعيدة زمنياً ما يحول دون تأسيس اليقين في إقامة العلاقة السببية(٦٠)، فالأمر خاضع للموازنة بين زمن ارتكاب السلوك المادي وزمن تحقق النتيجة، وهي مسألة تختلف من جريمة لأخرى.

إلا أن الأمر في جرائم نقل الأمراض يأخذ بعداً آخر لتعلقه بمسألة من مسائل الفن والخبرة، فالزمن يلعب دوراً محورياً في اكتمال عناصر الركن المادي، وهذا الأمر يختلف من مرض إلى آخر، فقد يتدخل الجاني بارتكاب السلوك المادي إلا أن صلاحية ذلك السلوك لإنتاج أثره مسألة مرتبطة بالزمن، فعلى سبيل المثال يعتبر فيروس Covid-19 من الفيروسات التي لها صلاحية زمنية في بقائها على الأسطح، وفقاً لمنظمة الصحة العالمية فإن هذا الفيروس قابل للعيش لمدة ٧٢ ساعة على بعض الأسطح كالبلاستيك، ولمدة ٢٤ ساعة على الكارتون، بينما لا يعيش أكثر من ٤ ساعات على النحاس(٦١). وهذه دلالة علمية على أن الفيروس ذو صلاحية زمنية تحكم قدرته على اعتباره نشطاً، وبالتالي قابلاً للإصابة به. وهذه الصلاحية الزمنية للفيروس تنسحب بحكم اللزوم لصلاحية السلوك في اعتباره سبباً للنتيجة إذا ما تباعد زمنياً كل من سلوك الجاني واتصال الفيروس بالمجني عليه، فقيام الجاني بالعطاس أو البصق أو السعال العمدي على أحد الأسطح بغية تدخل المجني عليه للمس هذه الأسطح وانتقال العدوى إليه مسألة يحكمها ميعاد تدخل المجني عليه أو ملامسته لتلك الأسطح، وهي مسألة في حقيقتها صعبة الإثبات ولكن ليست بالمستحيلة حيث إن أغلب الواقعات في نقل العدوى تتمحور حول السلوك المادي المباشر على المجني عليه كالعطس أو البصق أو السعال، وهو ما لا يثير تلك الإشكالية الزمنية، إلا أن الواقع العملي من خلال وسائل الإعلام المرئية أثبت لنا وقوع بعض النماذج من السلوكيات الإجرامية المشينة والشاذة في تعمد السعال أو البصق أو العطاس أو لعق بعض الأسطح إبان تفشي فيروس Covid-19، كما في المصاعد أو مكاتب العمل أو أرفف محلات التسوق،

---

(٥٩) نقض ٣ يناير ١٩٢٩ مشار إليه في: محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، ص ٣٤٢.

(٦٠) Emmanuel Dreyer, La causalité directe de l’infraction, op.cit., nº5

(٦١) https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/q-a-coronaviruses

ففي تلك الأمثلة لم يرتكب السلوك المادي للجريمة على المجني عليه مباشرة وإنما كان هناك حاجة لتدخل المجني عليه بلمس تلك الأسطح حتى تتحقق العدوى، وهو ما يجب أن يأخذه القاضي محل الاعتبار في الفترة الزمنية التي فصلت بين سلوك المتهم وتدخل المجني عليه، ويمكن أن يستقي ذلك من تصوير كاميرات المراقبة أو شهادة الشهود أو أي قرينة أخرى تفيد في إقامة العلاقة السببية.

وقد تأخذ جريمة نقل الأمراض – بسبب طبيعتها الطبية – فرضيات أكثر تعقيداً، فقد يحدث في بعض جرائم نقل الأمراض انتفاء اليقين في ميعاد تحقق النتيجة –وليس النتيجة ذاتها – ويغدو ذلك الميعاد مجهولاً، ومثال ذلك في جرائم نقل فيروس الإيدز حيث تشير الدراسات العلمية إلى احتمالية أن يظل المصاب دون أعراض لمدة تصل إلى ١٠–١٥ سنة من يوم دخول الفيروس، وهي تعرف بمرحلة Clinical latency، وهي مرحلة قد لا يجري فيها المصاب التحاليل لعدم ظهور أي أعراض[٦٢]. ويثار السؤال في هذه الفرضية عما إذا اكتشفت الإصابة بعد مضي مدة التقادم ألا وهي ١٠ سنوات في الجنايات في القانون الكويتي –على اعتبار أن جريمة نقل الأمراض جناية– فهل يكون يوم اكتشاف إصابة المجني عليه هو يوم تحقق النتيجة وبالتالي نعتبره ميعاداً لانعقاد العلاقة السببية؟ إن الإجابة عن هذا السؤال تتطلب أولاً الإشارة إلى أن التحليل الطبي ليس منشئاً للمرض إنما كاشف له، وبالتالي يقوم مقام التقرير الكاشف عن سبق تحقق النتيجة، كما أن المرحلة الزمنية بين التعرض للإصابة وبين إمكانية اكتشاف المرض وفق الأجهزة الحديثة والتي تسمى بمرحلة Window period تأخذ فترة تتراوح بين ١٠–٣٣ يوماً[٦٣]، وهو ما يؤكد أنه في حالة تحقق نقل المرض، فإن مسألة تحقق النتيجة تكون معاصرة للسلوك المادي ألا وهو سلوك النقل (علاقة جنسية غير آمنة/ نقل دم ملوث/ مشاطرة أدوات التعاطي). إلا أن المسائل المضافة للأجل هي: اكتشاف الفيروس في الدم من خلال التحليل ومسألة ظهور الأعراض وهما بطبيعتهما آثار للنتيجة وليست النتيجة ذاتها، وهو ما يشكل الفرق بين النتيجة وأثرها.

وبذلك تكون العلاقة السببية مرتبطة بيوم ارتكاب السلوك المادي وتقوم بقيامه، ويحدد بناءً عليه مدة تقادم الجريمة؛ وذلك لأن الفيروس قد انتقل إلى جسم المجني عليه بمجرد ارتكاب السلوك الناقل للمرض ولا يؤثر الاكتشاف اللاحق له من خلال التحاليل على زمن اكتمال عناصر الجريمة؛ حيث إن الركن المادي قام واكتمل آنياً

(٦٢) https://www.hiv.gov/hiv-basics/overview/about-hiv-and-aids/symptoms-of-hiv

(٦٣) راجع مركز التحكم والوقاية من الأمراض: https://www.cdc.gov/hiv/basics/testing.html

لحظة ارتكاب السلوك المادي. وتنص الفقرة الأولى من المادة ٤ من قانون الجزاء الكويتي على: "تسقط الدعوى الجزائية في الجنايات بمضي عشر سنوات من يوم وقوع الجناية" ويقصد بوقوع الجناية اكتمال عناصرها القانونية – إذا كانت من جرائم النتيجة – من سلوك ونتيجة وعلاقة سببية، وهو يتطابق وجريمة نقل الأمراض وفق المادة ١٧ من قانون الأمراض السارية، والمادة ١٥ من قانون الإيدز.

المطلب الثاني
دور الأطراف في انعقاد العلاقة السببية

لما كان الزمن يلعب دوراً محورياً في انعقاد العلاقة السببية فإن ذلك لا يحصر إشكاليات العلاقة السببية في جرائم نقل الأمراض في ذلك النطاق، بل قد تتشابك عناصر الجريمة إذا ما كان للعنصر البشري دور في تعقيد بعض الفرضيات وأخصها في حالة الجريمة الجماعية بصورة تعدد الجناة، وحالة دور المجني عليه في انعقاد العلاقة السببية. وإذا كانت العلاقة السببية يشترط لسلامتها أن تؤسس على اليقين فإن ذلك لا يحول دون إمكانية أن تكون العلاقة السببية غير حصرية[٦٤]، بحيث يجوز انعقادها في مواجهة أكثر من فاعل مادي للجريمة.

والجريمة الجماعية قد تأخذ أكثر من صورة، فقد تكون من خلال الاتفاق المسبق بين الفاعلين والشركاء، وبالتالي تطبق عليهم قواعد المساهمة الجزائية في القواعد العامة لقانون الجزاء، وقد تأخذ صورة التوافق بين شخصين أو أكثر لارتكاب جريمة دون سابق معرفة أو اتفاق ودون ترتيب مسبق، وفي هذه الحالة يأخذ كل فاعل صفته كفاعل أصلي في جريمة منفصلة[٦٥]، كما قد يتصور التدخل التسلسلي لعدد من الجناة على ذات المجني عليه بشكل متتابع في ارتكاب الجريمة دون اتفاق أو توافق، وهو ما يشكل صورة أخرى من صور تعدد الجناة، ويثير إشكالية انعقاد العلاقة السببية بالنظر لعنصر الإسناد: لمن نسند تحقق النتيجة؟

وفي ضوء جريمة نقل الأمراض فإن كل تلك الفرضيات قابلة للتصور والانطباق، فقد يحدث أن تكون جريمة نقل المرض مرتكبة من فاعلين متعددين بالاتفاق بينهم، أو أن تكون بصورة التوافق، أو أن تأخذ صورة التدخل المتتابع للجناة، فالنقل العمدي

(٦٤) Roger Merle et André Vitu, Traité de droit criminel: Problèmes généraux de la science criminelle, 7e édition, Cujas, 1997, p.714.

(٦٥) سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص٥٥٥.

للمرض قد يكون بصورة الجريمة ذات المساهمين المتعددين بغض النظر عن نوع تلك المساهمة سواء أكانت أصلية أم تبعية، حيث إن جميع المساهمين يجمعهم وحدة الغرض الإجرامي، كما لو كان هناك مصابان أو أكثر بفيروس Covid-19 وقاموا بنقل العدوى عمداً إلى المجني عليه عبر قيام كل شخص منهم بالسعال أو العطاس أو البصق العمدي على المجني عليه أو على أحد الأسطح التي يستعملها، في هذه الفرضية تنعقد العلاقة السببية بين فعل جميع المساهمين والنتيجة التي تحققت في نقل المرض، حيث تنص المادة ٤٧ من قانون الجزاء الكويتي في البند أولاً على: "يعد فاعلاً للجريمة من يرتكب وحده أو مع غيره الفعل المكون للجريمة، أو يأتي فعلاً من الأفعال المكونة لها"، وبذلك كل من ساهم في ارتكاب الفعل المكون لجريمة النقل يكون قد ساهم في تحقيق مشروع إجرامي واحد يساءل كل شخص به باعتباره فاعلاً أصلياً للجريمة، وتنعقد العلاقة السببية في مواجهته حتى لو لم يتوصل إلى المتسبب الفعلي لنقل المرض(٦٦).

وكذلك الحال فيما لو تنوعت صور المساهمة الجزائية فساهم بها مساهم أصلي والآخر تبعي أي شريك في الجريمة وفق صور الاشتراك الواردة في نص المادة ٤٨ من قانون الجزاء الكويتي وهي التحريض والاتفاق والمساعدة، حيث تنعقد في مواجهة الشريك العلاقة السببية بمجرد انعقادها في مواجهة الفاعل الأصلي للجريمة. ويجب الأخذ في الاعتبار أن المساعدة باعتبارها صورة من صور المساهمة التبعية لا تنعقد العلاقة السببية في مواجهة الشريك إلا إذا تحققت النتيجة بناء على أفعال تلك المساعدة، حيث أتى نص المادة ٤٨ من قانون الجزاء واضحاً في البند ثالثاً بالنص على: "يعد شريكاً في الجريمة قبل وقوعها من ساعد الفاعل بأي طريقة كانت في الأعمال المجهزة للجريمة مع علمه بذلك، فوقعت بناء على هذه المساعدة".

إلا أن الأمر ليس على ذات الحكم في حالة تعدد الجناة بصورة التوافق أو بصورة التدخل المتتابع، ففي هذين المثالين لا يجمع الجناة وحدة المشروع الإجرامي حيث يكون لكل منهم هدفه الخاص في نقل العدوى إلى المجني عليه، فقد يحدث أن يقوم شخصان مصابان بفيروس Covid-19 والذي ينتقل عبر الرذاذ بتعمد العطاس أو السعال على المجني عليه بذات الوقت أو بصورة متتابعة يتعذر معها تحديد المتسبب بالإصابة، كما قد يتصور أن يدخل المجني عليه في علاقة جنسية مع أكثر من

---

(٦٦) علي القهوجي، قانون العقوبات القسم الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثانية، ٢٠٠٢، ص ٢٢٨.

شخص يتعمد فيها نقل عدوى مرض الإيدز أو الكبد الوبائي أو السيلان إليه، وتتحقق الإصابة بالمرض دون أن يستطاع تحديد المتسبب الفعلي لتلك الإصابة. والسؤال في هذا الموضع: إذا كنا قد اشترطنا في إقامة العلاقة السببية عنصر اليقين بناء على أن الأحكام القضائية تبنى على اليقين، فما هو الوضع إذا عجزت جهة الملاحقة عن تحديد المتسبب الفعلي بنقل المرض طالما أنه لا يجوز أن تبنى علاقة السببية على الظن والاحتمال؟ والإجابة عن هذا السؤال تدور في فلك شيوع الجريمة، والحقيقة أنه إذا ما انطلقنا من قاعدة أن جرائم نقل الأمراض تأخذ وصف الجرائم الواقعة على الأفراد باعتبارها ماسة بسلامة الجسد البشري فإن ذلك يقودنا إلى تطبيق ذات القواعد التي تحكم تعدد الجناة في صورة التوافق أو التدخل المتتابع دون وجود وحدة المشروع الإجرامي.

ففي حالة ارتكاب جريمة نقل المرض من قبل أكثر من جاني بصورة التوافق أو التدخل المتتابع وتحقق النتيجة دون إمكانية تحديد المتسبب الحقيقي بنقل المرض فإن كل فاعل يلاحق عن تهمة الشروع بنقل المرض عملاً بالقدر المتيقن من الجريمة[٦٧].

كما قد تأخذ العلاقة السببية بعداً آخر يرتبط بالدور الذي يلعبه المجني عليه في تحقق الرابطة السببية، فلو قام المجني عليه بارتكاب سلوك معين في مخالطة المصاب بمرض معدٍ وشكل ذلك السلوك الذي ارتكبه المجني عليه أحد السلوكيات الناقلة للمرض، كما لو قام المجني عليه بتقبيل المتهم المصاب بمرض Covid-19 مهملاً الإجراءات الوقائية، فهل يكون خطأ المجني عليه على درجة من الجسامة يجُب معه خطأ الجاني ويقطع العلاقة السببية تباعاً؟

تناول الفقه الغربي مسألة سلوك المجني عليه المتهور في جرائم نقل فيروس الإيدز فيما لو قبل المجني عليه الدخول في علاقة جنسية غير آمنة أو استعمل أدوات تعاطي مع المتهم المصاب دون أن يعلم بإصابة هذا الأخير. أوجد الفقه الألماني نظرية تسمى "التعرض التلقائي الواعي للمخاطر" Bewusste eigenverantwortliche Selbstgefährdung قوامها أن غياب الوقاية والحماية الطوعي ينسحب على قبول التعرض الإرادي لمخاطر الإصابة، وأن أي دخول في علاقة أو ارتكاب أي سلوك من شأنه احتمالية نقل المرض

(٦٧) فيصل الكندري وغنام غنام، شرح قانون الجزاء الكويتي القسم الخاص، الطبعة الرابعة، دولة الكويت، غير محدد جهة النشر، ٢٠١٤، ص.٢٠١. علي القهوجي، قانون العقوبات القسم الخاص، مرجع سابق، ص٢٢٨.

تستوجب افتراض الفرد بأن الطرف الآخر حامل للمرض(٦٨) كما تتبنى النيابة العامة الهولندية موقفاً مشابهاً في عدم ملاحقة الجاني المصاب بجرم نقل المرض العمدي إذا أصر على اتخاذ الاحتياطات اللازمة ورفضها المجني عليه(٦٩). كما قدم جانب من الفقه تصوراً بأنه في جرائم نقل الأمراض يجب ألا يلقى اللوم في كل الأمثلة على الجاني المصاب، بل يجب أن يتشاطر المسؤولية مع المجني عليه الواعي بمخاطر السلوك(٧٠). هذه نماذج قدمت لمعالجة مدى مشاطرة خطأ المجني عليه لخطأ الجاني المصاب وأثرها في الملاحقة الجزائية للجاني.

إلا أننا نرى أن خطأ المجني عليه القاطع للعلاقة السببية يجب أن يحدد وفق طبيعة السلوك بالتعاضد مع علم المجني عليه بالظروف المحيطة، فالعلم يحدد جسامة الخطأ من وجهة نظرنا، فمساهمة المجني عليه في تحقق الضرر الواقع عليه ليس من شأنها أن تنفي المسؤولية عن الجاني طالما أنه لم يكن السبب الوحيد في تحقق الضرر(٧١)، أو لم يكن سلوكه على درجة من الانحراف والخطأ الفاحش مما ينفي العلاقة السببية(٧٢) وفق تقدير نظرية السببية الملائمة.

إن دخول المجني عليه غير المصاب في سلوكٍ خطر لا يشكل حتماً سبباً قاطعاً للعلاقة السببية مع فعل الجاني؛ وذلك لأن قبول الخطر لا ينسحب على قبول النتيجة، فالمجني عليه الذي يتعمد الخروج للتسوق دون أخذ الاحتياطات الوقائية من الإصابة بفيروس كورونا ومرور الجاني بجانبه ليعطس عمداً عليه بقصد نقل العدوى لا يشكل بطبيعته خطأ قاطعاً للعلاقة السببية بين فعل الجاني والنتيجة التي ترتبت؛ وذلك لأن العلم الذي اختلج الجاني تمحور على زاويتين: الأولى العلم بخطورة الخروج دون أخذ الاحتياطات الوقائية، والثانية انتفاء العلم بإصابة الجاني بالمرض، وبالتالي فإن خطأ المجني عليه لا يجب خطأ الجاني.

---

(٦٨) Daniel Borrillo, La pénalisation de la transmission du VIH la fin de la démocratie épidémiologique, p.2, disponible sur: https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01969324/document

(٦٩) Etude de législation comparée nº151: Le traitement pénal de la transmission du sida par voie sexuelle, Sénat, disponible sur: https://www.senat.fr/lc/lc151/lc151_mono.html#fn4

(٧٠) Scott Burris, Edwin Cameron and Michaela Clayton, The Criminalization of HIV: Time for an Unambiguous Rejection of the Use of Criminal Law to Regulate the Sexual Behavior of those with and at Risk of HIV, op.cit., p.6.

(٧١) Emmanuel Dreyer, Droit pénal général, op.cit., p.590.

(٧٢) كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الثقافة، عمّان، ٢٠١٩، ص٢٠٧.

على العكس من المثال السابق قد يتوافر العلم لدى المجني عليه بدرجة أعلى في شأن خطورة فعله الشخصي، كما في حالة قيامه بالدخول على محاجر صحية لأفراد مشتبه بإصابتهم بالمرض دون أخذ الاحتياطات اللازمة، والحقيقة أن هذا السلوك على درجة من الرعونة والانحراف ما يستتبع الإقرار باستغراقه لخطأ المتهم المصاب، وبالتالي يقطع العلاقة السببية. كما يجب أن يؤخذ في الاعتبار أن عدم أخذ الاحتياطات اللازمة من قبل المجني عليه أثناء جائحة كورونا كما في حالة عدم لبسه للكمام أو تغطية الأنف والفم يعتبر سلوكاً إجرامياً وفق نص المادة ١٥ من قانون الأمراض السارية الفقرة السادسة والتي تنص على: "عند ظهور وباء الجدري أو الكوليرا أو الطاعون أو أي مرض وبائي آخر، يخول وزير الصحة العامة سلطات استثنائية لحماية البلاد من تفشي الوباء وذلك بالاتفاق مع الوزراء المختصين، وبالاستعانة بالقوات المسلحة لتنفيذ قراراته. ويخول بصفة خاصة إصدار قرارات بالتدابير والاحتياطات الآتية: ٦- اتخاذ أي تدابير أو احتياطات أخرى يراها ضرورية لمكافحة الوباء"، وهذا ما حصل بإصدار وزير الصحة القرار الوزاري رقم ٨٣ لسنة ٢٠٢٠ بشأن إلزام الأفراد بتغطية الأنف والفم وفق نص المادة ١٥ والتي بطبيعتها ترتب عقوبة وفق نص المادة ١٧ البند ثانياً الذي ينص على: "كل مخالفة للقرارات أو التدابير المنوه عنها في المادة ١٥ من هذا القانون يعاقب مرتكبها بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تزيد على عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين". وهنا قرر المشرع - وفق آلية الإحالة لوزير الصحة وفق ما يراه من تدابير- إلى أن مخالفة تلك التدابير تشكل خطأ منحرفاً بطبيعته الظرفية مشكلاً جريمة يعاقب عليها القانون.

والخطأ الذي يرتكبه المجني عليه بعدم تغطية الأنف والفم غدا سلوكاً جرمياً يعاقب عليه القانون، وهذا يجرنا للتساؤل: حيث اعترفنا أن سلوك المجني عليه يشكل خطأ قدّر المشرع أنه يستأهل التأثيم والعقاب، فهل يجوز الاستناد لجريمة المجني عليه بعدم تغطية الأنف والفم كسبب لقطع العلاقة السببية في جريمة نقل المرض من المتهم المصاب؟ لا نرى بذلك؛ والسبب أن إلى يوم كتابة هذا البحث لم يقطع العلم بكافة الوسائل التي ينتقل من خلالها المرض، وبالتالي لا نقيم يقيناً بأن خطأ المجني عليه كان شاذاً إلى درجة تجُب خطأ الجاني، كما أن المادة ٣-١٧ من قانون الأمراض السارية والمادة ١٥ من قانون الإيدز تشيران بوضوح بصياغتهما "وتسبب عمداً" إذن يكون سلوك الجاني المصاب واضح الدلالة على العلاقة المباشرة بين السلوك والنتيجة، ولا يضر ذلك تدخل المجني عليه واعتبار سلوكه خطأ يجُب خطأ الجاني،

وإلا لتوصلنا لنتائج غريبة، وهي أن أي ملامسة للأسطح الملوثة دون أخذ الاحتياطات اللازمة من قبل المجني عليه يشكل خطأ يستغرق خطأ الجاني المصاب الذي تعمد العطس أو السعال على تلك الأسطح.

الخاتمة:

النتائج:

إن استعراض جريمة نقل الأمراض أجلى لنا طبيعتها القانونية المتشعبة والمعقدة في الوقت ذاته، فهي جريمة ترتبط وجوداً وعدماً بالجانب الموازي لها وهو الطب والعلوم الطبيعية والبيولوجية والتي يستوجب أن يقف عليها القضاء وجهات الملاحقة والتحقيق والباحثون القانونيون ومن له في هذا الشأن بالفحص والتمحيص ومواكبة التطور الذي يحصل عليها نتاج التقدم العلمي.

تكمن صعوبة جريمة نقل الأمراض وفق المعالجة التشريعية والصياغة اللتين تبناهما المشرع الكويتي في عدة أوجه، أولها أن المشرع تبنى صورة جرائم الضرر أو النتيجة في هذه الجريمة، وهو ما يثير حقيقةً صعوباتها التطبيقية، حيث إن النتيجة – انتقال المرض – إن وجدت فهي ليست بالضرورة تنسب للجاني المصاب نظراً لعدم سهولة بناء العلاقة السببية بالوجه الذي استعرضناه، كما أن الواقع الذي يعرض أمامنا هو وجود شخصين مصابين كان أحدهما أسبق من الآخر في الوصول إلى أجهزة العدالة. ثانيها: إن تبني المشرع الصورة العمدية في جريمة نقل المرض – وهي معالجة مستحقة – تتطلب الوقوف حقيقةً وبصورة جلية على توافر تلك الصفة العمدية وعدم افتراضها بمجرد توافر العلم بصلاحية السلوك لتحقيق النتيجة وإلا كان ذلك مساساً بمبدأ الشرعية الجنائية. كما يؤخذ في الاعتبار التقدم العلمي الحاصل في العلاجات والتي جعلت كثيراً من المصابين بأمراض معدية غير قابلين لنقل المرض مما ينفي الجريمة أو الشروع بها على الوجه الذي بيناه.

كما أن غياب الأحكام القضائية والأبحاث القانونية في الواقع الكويتي يثير معنا مخاوف التطبيق غير المنضبط أو المتسرع للجريمة تحت هاجس الخوف والاندفاع كما حدث في بعض الأقضية المقارنة وفق ما استعرضناه، يضاف إلى ذلك أنه إذا كان التركيز في جرائم نقل الأمراض على بعض الأمراض التي أخذت حيزها من تسليط الضوء عليها كما في الإيدز وكوفيد–١٩ فإن جدول الأمراض المرفق بقانون الأمراض السارية الكويتي يحتوي على أمراض أخرى أكثر شيوعاً تأخذ ذات الحكم وتطبق عليها ذات القواعد كما الإنفلونزا التي تضمنها الجدول وبعضها لم يسلط الإعلام عليه

الضوء الكافي كالحمى الصفراء والتيفوئيد وغيرها، فالمشرع الكويتي وللأسف قد وحد المعالجة الجزائية لكل الأمراض الواردة في الجدول، ولم يمايز في المعالجة الجزائية بناء على جسامة المرض.

وأمام الأسباب سالفة الذكر تتجلى لنا أهمية الحرص على سلامة البناء القانوني لعناصر جريمة نقل الأمراض وأخصها العنصران اللذان سلطنا عليهما الضوء في هذا البحث وهما العلم والعلاقة السببية باعتبارهما إشكاليتين رئيسيتين تشكلان حجر الزاوية في ضبط بناء الجريمة وحسن معالجتها قانونياً وقضائياً.

التوصيات:

في ختام هذا البحث نتوصل إلى جملة من التوصيات في شأن جرائم نقل الأمراض، جزء منها يلقى على عاتق المشرع، والآخر منارات إرشادية لأجهزة العدالة في تطبيق النصوص التي تعالج تلك الجريمة:

أولاً: يجب على المشرع إعادة النظر في سياسته الجزائية، واستحداث جريمة منفصلة قوامها التعريض للخطر لا باعتبارها جريمة خاصة في نقل الأمراض، بل تدرج ضمن الجرائم العامة لاستيعاب كل سلوك عمدي بتعريض الآخرين للخطر بغض النظر عن تحقق النتيجة، حيث إن جرائم التعريض للخطر تتجاوز الصعوبات التطبيقية لجرائم الضرر أخصها حالة غياب تحقق النتيجة من ناحية، ومن ناحية أخرى حالة عدم إمكانية تطبيق قواعد الشروع في الجريمة القائمة؛ وذلك لاشتراط وجود نية تحقيق النتيجة في الشروع أي الصفة العمدية وهو ما قد يفلت منه بعض مرتكبي جرائم نقل الأمراض. وفي هذا الشأن يستطيع المشرع الكويتي الاستهداء بنظيره الفرنسي في استحداث جرائم التعريض للخطر التي أورد كيانها المعنوي كقاعدة من القواعد العامة في الفقرة الثانية من المادة ٣-١٢١ من قانون الجزاء الفرنسي، وكجريمة مستقلة في المادة ١-٢٢٣ من القانون ذاته.

ثانياً: ضرورة إعادة تصنيف جدول الأمراض، والمغايرة في المعالجة التشريعية بين تلك التصنيفات بما يتلاءم وجسامة المرض وخطورته على الصحة العامة، فالمعالجة الأحادية لجملة الأمراض السارية تفتقد للحصافة وقد توصل لنتائج غريبة خاصة إذا تطور العلم وأصبحت بعض الفيروسات المرعبة اليوم مسألة طبيعية في الغد لا يخشى من خطورتها أو تبعاتها، وهو ما سيولد معالجات متناقضة تفتقد للعدالة بين مرض وآخر. والحقيقة أن قانون الأمراض السارية ليس قانوناً جزائياً بل هو من قوانين الصحة العامة؛ ولذلك يمكن تبرير توحيد تلك الأمراض في جدول واحد

بأن الغاية ليست جزائية في المقام الأول وهو مبرر في حقيقته إلا أننا ندعو المشرع لتعديل النص المتعلق بالشق الجزائي في جريمة نقل الأمراض ليغاير بين تلك الأمراض الواردة في الجدول بالنظر للمسؤولية الجزائية.

ثالثاً: إعادة النظر في نطاق جرائم نقل الأمراض وضرورة أن يمد المشرع من نطاقها ليشمل النقل العمدي للمرض من غير المصاب، وهو ما لم تتضمنه النصوص المعنية كما لو كان ناقل المرض طبيباً أو عالماً أو أي شخص آخر غير مصاب. وفي ظل هذا النقص التشريعي سنكون أمام حالة من غياب العدالة فيما لو ارتكبت الجريمة من قبل أكثر من فاعل أصلي بعضهم غير مصاب بالمرض والذي سيفتح المجال لتطبيق نصوص الجرائم العامة والتي يختلف تفسيرها ونطاقها وعقوبتها عن الجرائم المباشرة في نقل الأمراض.

رابعاً: الحرص على إقامة ورش عمل تدريبية للقضاة وأعضاء النيابة العامة والتحقيقات في شأن جرائم نقل الأمراض بشكل عام وتطبيق النصوص الجزائية بشكل خاص في ضوء من الواقع الطبي والتطور العلمي للأمراض محل الجريمة، والحرص كل الحرص على عدم الاقتصار على الجانب القانوني من الجريمة دون الأخذ بجانبها الطبي، والاستماع لأهل الخبرة من الأطباء والعلماء في مجال الأوبئة والأمراض السارية.

خامساً: ضرورة الأخذ بملاحظات منظمة الأمم المتحدة والأبحاث العلمية القانونية في شأن عدم المبالغة في اللجوء إلى الأداة الجزائية في جرائم نقل الأمراض، حيث أثبتت الدراسات أنها تأتي بأثر عكسي لا يحقق حماية المجتمع من تلك الأمراض، بل أدت إلى عزوف المصابين عن إجراء الفحوصات وفقدان الثقة بالسلطة مما أسهم في انتشار الأمراض؛ ذلك أن المعالجة السليمة تكمن في قوانين الصحة العامة.

المراجع

أولاً - المراجع العربية:

- رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
- سعد صالح شكطي نجم وأياد علي أحمد، جرائم نقل العدوى العمدية، دراسة تحليلية مقارنة في قانون العقوبات العراقي، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة ٨، المجلد، ٤ العدد ٢٩، آذار ٢٠١٦، ص ١٤٣.
- سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٤.
- عادل المانع، الخطأ غير العمدي عبر العلاقة السببية غير المباشرة، دراسة مقارنة بين القانونين الكويتي والفرنسي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، سبتمبر ٢٠١٠، ص١٢٤.
- عثمان عبد الملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الكويت، غير محدد الناشر، ١٩٨٩.
- علي القهوجي، قانون العقوبات القسم الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثانية،٢٠٠٢.
- علي حمزة الخفاجي، المسؤولية الجزائية لناقلي عدوى الإيدز، دراسة مقارنة، مجلة رسالة الحقوق، العدد الخاص ببحوث المؤتمر القانوني السابع ٢٠١٠، ص ٢٥.
- فايز عايد الظفيري، القواعد العامة في قانون الجزاء الكويتي: نظرية الجريمة والعقوبة، الطبعة السادسة، الكويت، ٢٠١٧-٢٠١٨.
- فيصل الكندري وغنام غنام، شرح قانون الجزاء الكويتي القسم الخاص، الطبعة الرابعة، دولة الكويت، غير محدد جهة النشر، ٢٠١٤.
- كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الثقافة، عمّان، ٢٠١٩.
- مبارك النويبت، الوسيط في شرح قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي، غير محدد الناشر، الطبعة الثانية، الكويت، ٢٠٠٨.

- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة التاسعة، ٢٠٢٠.
- مشاري العيفان وحسين بوعركي، الوسيط في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي: الجزء الثاني إجراءات المحاكمة، غير محدد الناشر، الطبعة الثانية، الكويت، ٢٠١٧.
- مصطفى العوجي، المسؤولية الجنائية في المؤسسة الاقتصادية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥.

ثانياً – المراجع الأجنبية:

- Béatrice Chapleau, La pénalisation de la transmission du virus de l’immunodéficience humaine par voie sexuelle, Droit pénal, nº10, 2006, étude 18.
- Bertrand de Lamy, Administration de substance nuisible- transmission volontaire du virus VIH, Droit de la famille nº4, Avril 2006, comm. 101.
- Blandine Thellier de Poncheville, La condition préalable de l’infraction, PUAM, 2010.
- Daniel Borrillo, La pénalisation de la transmission du VIH la fin de la démocratie épidémiologique, disponible sur: https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01969324/document.
- Emanuel Dreyer, Droit pénal général, 4e édition, LexisNexis, Paris, 2016.
- Emmanuel Dreyer, La causalité directe de l’infraction, Droit pénal, nº6 juin 2007, étude nº9.
- Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, Puf, Pais, 2010.
- Jean Pradel et Michel Danti-Juan, Droit pénal spéciale, 7e édition, Cujas, Paris, 2017.
- Michel Véron, Droit pénal spécial, 16e édition, Sirey, Paris, 2017.
- Michel Véron, La certitude du lien de causalité, Droit pénal, nº6, juin 2008, comm.82.
- Paul Roubier, Théorie général du droit, Dalloz, Paris, 2005.

- Philippe Conte: Relation sexuelle avec une personne porteuse du VIH, Droit pénal, nº5 mai 2019, Comm.80.
- Richard Eliott, Droit pénal santé publique et transmission du VIH: Etude des politiques possible, ONUSIDA, juin 2002.
- Roger Merle et André Vitu, Traité de droit criminel: Problèmes généraux de la science criminel, 7e édition, Cujas, Paris, 1997.
- Scott Burris, Edwin Cameron and Michaela Clayton, The Criminalization of HIV: Time for an Unambiguous Rejection of the Use of Criminal Law to Regulate the Sexual Behavior of those with and at Risk of HIV, JAMA; volume 300, issue 6 (August 6, 2008), available at <http://jama.ama-assn.org>.
- Scott Burris, Leo Beletsky, Joseph Burleson, Batricia Case and Zita Lazzarini, Do criminal laws influence HIV risk behaviour? An empirical trial, Arizona State Law journal, 467, 2007.
- Yves Mayaud, Droit pénal général, PUF, 5e édition, Paris, 2018.

ثالثاً – التقارير:

- tude de législation comparée nº151 - octobre 2005 - Le traitement pénal de la transmission du sida par voie sexuelle, Sénat, disponible sur: https://www.senat.fr/lc/lc151/lc151_mono.html.

The Problematic of Knowledge of the Crime and the Causal Relationship Between the Action and the Result in Criminalising the Deliberate Transmission of Diseases in Kuwaiti Criminal Law

Dr. Mohammad N. Al-Tamimi

The Covid-19 Pandemic presented many several issues in different aspects of law, in particular, the criminal law as actions of some individuals not following the precautionary measures. These behaviours led to spreading the virus significantly. As a result, there was an amendment of the Kuwaiti criminal law. Specifically, criminalising the deliberate transmission of diseases. Unfortunately, this amendment does not reflect the complexity of the crime, in particular, the issues of the knowledge of the crime and the causal relationship between the action and the result, as these issues considered essential factors in this crime. Also, the lack of the Kuwaiti and Arabic judicial decisions in this matter deepens the issue further. This Article seeks to demonstrate these issues and introduce solutions to solve this dilemma.

التفويض التشريعي في القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية من وجهة نظر القانون الجزائي

الدكتور/ أحمد حمد القحطاني
قسم القانون الجزائي - كلية الحقوق
جامعة الكويت

ملخص:

استندت وزارة الصحة بدولة الكويت في مواجهتها لمكافحة انتشار فيروس كورونا المستجد على القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية؛ ولقد وجدت في هذا القانون – على الرغم من قدمه – كفايتها لهذه المواجهة من الناحية القانونية، وذلك بسبب ما يتضمنه من تفويض تشريعي لوزير الصحة لاتخاذ ما يراه من إجراءات وتدابير ضرورية لمكافحة الأوبئة، مع وجود عقوبات جزائية في حال مخالفة هذه القرارات والتدابير.

فجاءت هذه الدراسة لتبين – بطريقة تحليلية – أن هذا التفويض التشريعي لوزير الصحة، وترتيب العقوبات الجزائية على مخالفة قراراته المنفذة لقانون مكافحة الأمراض السارية، لا يتعارض مع مبدأ الشرعية الجزائية المقرر بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون؛ ثم بينت هذه الدراسة أن عدم التعارض هذا مشروط بعدة شروط لضمان احترام مبدأ الشرعية الجزائية؛ وبينت أيضاً قدرة القاضي الجزائي للرقابة على قرارات وزير الصحة المنفذة لهذا القانون في حال ارتبطت هذه القرارات بتوقيع عقوبات جزائية.

مقدمة:

١ – ماهية موضوع البحث:

يتم عادة تناول موضوع التفويض التشريعي في إطار دراسة الاختصاصات الدستورية للسلطة التشريعية، حيث يكون لهذه السلطة وحدها بحسب الأصل الحق في إصدار القوانين، ولا يجوز لها التنازل عن هذا الحق للسلطة التنفيذية إلا في الأحوال الضرورية؛ ومن هذه الأحوال ما ورد في بعض الأحكام من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية التي أتاحت لوزير الصحة اتخاذ ما يراه من إجراءات وتدابير ضرورية لمكافحة ما قد يظهر من أمراض سارية وأوبئة، كما هي الحال في أيامنا هذه لمكافحة انتشار فيروس كورونا المستجد.

ففي تاريخ ٢٠ فبراير ٢٠٢٠ أصدر وزير الصحة الكويتي قراراً وزارياً يحمل رقم ٤٩ لسنة ٢٠٢٠ نص في مادته الأولى على أن: "تعتبر الإصابة بفيروس كورونا المستجد (COVID-19) من الأمراض السارية والوبائية، وتعد من الأمراض المحجرية التي تخضع لإجراءات العزل للمصابين بها أو المشتبه في إصابتهم حسب مقتضيات المصلحة العامة"[(١)]؛ وقد جاء هذا القرار بعد أن اعتبرت منظمة الصحة العالمية في تقاريرها للعام ٢٠١٩-٢٠٢٠ أن فيروس كورونا المستجد يشكل وباء عالمياً، مما يستلزم اتخاذ كافة الإجراءات الصحية الوقائية والتحفظية للحد من انتشاره.

في الحقيقة إن إصدار هذا القرار كان لازماً لتفعيل القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية، والذي يتضمن في طياته مجموعة من الإجراءات المقيدة للحريات العامة التي يجوز للسلطات الصحية وغيرها من السلطات أن تتخذها لمكافحة الأمراض السارية، سواء تلك المنصوص عليها في الجدول الملحق بالقانون ذاته، أو ما يجوز إضافتها بقرار من وزير الصحة، وهو ما تنص عليه المادة الأولى من هذا القانون بقولها إن: "الأمراض السارية التي تخضع لأحكام هذا القانون هي الأمراض المبينة في الجدول الملحق بقسميه الأول أو الثاني، ويجوز لوزير الصحة العامة -بقرار منه- إضافة أي مرض سارٍ آخر إلى الجدول المذكور والحذف أو النقل من قسم إلى آخر من قسمي الجدول".

إن الأهمية في القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ المتعلق بالأمراض السارية لا تكمن فقط في تنظيم الإجراءات الماسة بالحرية المذكورة فيه، من عزل وحجر وتطعيم ومنع تجول وغيرها، لأن للسلطة التنفيذية أن تصدر مثل هذه الإجراءات بناء على لوائح الضبط - وفقاً للمادة ٧٣ من الدستور الكويتي[(٢)] - دون حاجة للرجوع للسلطة التشريعية واتباع إجراءات إصدار القوانين، فكما هو معلوم أن لوائح الضبط هي القواعد العامة المجردة الصادرة من السلطة التنفيذية للحفاظ على الأمن العام أو السكينة العامة أو الصحة العامة أو النظام العام[(٣)]؛ لذا فإن أهمية القانون المتعلق بالأمراض السارية تتمحور حول العقوبات الجزائية الواردة فيه، والتي توقع على من يخالف أوامره ونواهيه، سواء أكانت تلك المشار إليها في مواده أم تلك الواردة في القرارات الصادرة من وزير الصحة لتنفيذ سياسة مكافحة انتشار الأوبئة والأمراض السارية.

(١) الكويت اليوم، ملحق ٢ للعدد ١٤٨٧، السنة السادسة والستون، ١١ مارس ٢٠٢٠، ص ٣.

(٢) تنص المادة ٧٣ من الدستور الكويتي على أن: "يضع الأمير، بمراسيم، لوائح الضبط واللوائح اللازمة لترتيب المصالح والإدارات العامة بما لا يتعارض مع القوانين".

(٣) انظر: عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت - دراسة مقارنة - الطبعة الرابعة، ٢٠٠١، ص ٦٠٠؛ خليفة الحميدة، القانون الدستوري -النظرية والتطبيق-، ٢٠١٥، ص ٤١٩.

فتنص المادة ١٧ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية – بعد تعديلها – على أن: "١- كل مخالفة لأحكام هذا القانون أو للقرارات المنفذة له، يعاقب مرتكبها بالحبس مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر، وبغرامة لا تزيد على خمسة آلاف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين. ٢- كل مخالفة للقرارات أو التدابير المنوه عنها في المادة ١٥ من هذا القانون، يعاقب مرتكبها بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر، وبغرامة لا تزيد على عشرة آلاف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين؛ ٣- كل من علم أنه مصاب بأحد الأمراض السارية وتسبب عمداً في نقل العدوى إلى شخص آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز عشر سنوات وبغرامة لا تزيد على ثلاثين ألف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين"[٤]؛ وهذه المادة هي الضمانة الحقيقية لفاعلية ما ورد في قانون مكافحة الأمراض السارية من أوامر ونواهٍ، بل أكثر من ذلك، فهذه المادة هي الكفيلة للالتزام بقرارات وزير الصحة المتخذة لمكافحة الأمراض السارية الواردة في القانون، أو تلك الأمراض المستجدة مثل فيروس كورونا المستجد، وذلك لأن النص في المادة ١٧ قد مد العقوبات لتنطبق أيضاً على عدم احترام قرارات وزير الصحة.

٢ – أهمية الدراسة:

إلا أن النصوص الجزائية، بما تقرره من سلوكيات مجرمة، وعقوبات مقدرة ومحددة على عدم احترامها، محكومة بمبدأ دستوري وقانوني معروف وهو مبدأ الشرعية الجزائية، المنصوص عليه في المادة ٣٢ من الدستور الكويتي، وفي المادة الأولى من قانون الجزاء، والذي يقرر بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون؛ ويحتوي هذا المبدأ على مضمونين أساسيين: أولهما هو المضمون الشكلي، بحيث إنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قاعدة قانونية سابقة في الوجود على الفعل المرتكب، وأنه يجب أن تكون هذه القاعدة بشكل قانون مكتوب صادر من المشرع معبر عن إرادته ومعلن عنه بالشكل الرسمي؛ وثانيهما هو المضمون الموضوعي بحيث إن النص الجزائي يجب أن يأتي محدداً بدقة عناصر الفعل الواقع عليه التجريم

(٤) عدلت هذه المادة بالقانون رقم ٤ لسنة ٢٠٢٠ بتعديل المادة ١٧ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بالاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية، وقد كان نصها قبل التعديل: "١- كل مخالفة لأحكام هذا القانون أو للقرارات المنفذة له، يعاقب مرتكبها بالحبس مدة لا تزيد على شهر واحد، وبغرامة لا تزيد على خمسين ديناراً، أو بإحدى هاتين العقوبتين؛ ٢- كل مخالفة للقرارات المنوه بها في المادة ١٥ يعاقب مرتكبها بالحبس مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر، وبغرامة لا تقل عن خمسين ديناراً ولا تجاوز مائتي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين".

وأن يعين مقدار العقاب لهذا الفعل(٥)؛ ومن المسلم به – وفقاً للمادة ٧٩ من الدستور الكويتي– أن السلطة التشريعية هي المخول إليها إصدار التشريعات والقوانين، فيكون مجلس الأمة – والأمير في حالات الضرورة – هو بحسب الأصل صاحب الاختصاص الأصيل في سن القوانين، ولا يجوز له التنازل عن هذا الاختصاص بناء على المادة ٥٠ من الدستور.

لذلك يثور التساؤل حول الفقرتين الأولى والثانية من المادة ١٧ في القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية فيما قررته من تفويض المشرع لاختصاصه بإصدار الجرائم، وتحديد أفعالها إلى السلطة التنفيذية متمثلة بوزير الصحة، واكتفاء المشرع بتحديد العقاب على هذه الأفعال، حيث وضع المشرع عقوبات الحبس أو الغرامة على مخالفة القرارات الصادرة من وزير الصحة المنفذة لهذا القانون والهادفة لمكافحة الأمراض السارية، ويُبنى كذلك على هذا التساؤل تساؤلٌ آخر حول كيفية تعامل القاضي الجنائي ومواجهته لهذه القرارات التي تحمل في طياتها عناصر التجريم، والمحدد عقوباتها في المادة ١٧ آنفة الذكر.

٣ – خطة الدراسة:

للإجابة عن هذين التساؤلين اتخذنا المنهج التحليلي للنصوص الواردة في القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩، ولمواد الدستور التي تتناول مبدأ الشرعية الجزائية، أو تلك التي تتناول اختصاص السلطة التشريعية في إصدار القوانين، مستعينين كذلك بالأحكام القضائية المتعلقة بهذا الشأن؛ وسينطلق بحثنا وفقاً لهذا المنهج على فرضية أن تفويض السلطة التشريعية اختصاصها بإنشاء الجرائم لوزير الصحة الوارد في الفقرتين الأولى والثانية من المادة ١٧ المذكورتين أعلاه هو تفويض مقبول وجائز، إلا أنه كذلك تفويض مقيد وخاضع للفحص القضائي، فسنتناول إذن هذه الفرضية على الوجه التالي:

المبحث الأول: مدى قبول التفويض التشريعي

المبحث الثاني: قيود التفويض التشريعي

---

(٥) انظر: فايز الظفيري، القواعد العامة في قانون الجزاء الكويتي، نظرية الجريمة والعقوبة، الطبعة السادسة، ٢٠١٧-٢٠١٨، ص ١١٤ وما بعدها، فاضل نصر الله، شرح القواعد العامة لقانون الجزاء الكويتي في ضوء الفقه والقضاء، الجريمة والعقوبة، الطبعة الخامسة، ٢٠١٣-٢٠١٤، ص ١٥٥ وما بعدها؛ Jean Pradel, Droit pénal général, 21e edition, CUJAS, Paris, 2016, p. 114 et s.

المبحث الأول
مدى قبول التفويض التشريعي

تمهيد وتقسيم:

تكمن أهمية مبدأ الشرعية الجزائية في حمايته للحقوق والحريات عن طريق احتكار وظيفتي التجريم والعقاب بيد المشرع وحده، فهذا الأخير هو المخول للتعبير عن قيم المجتمع ومصالحه دون غيره من سلطات، باعتباره الممثل للمجتمع بأسره، وذلك بمقتضى المبدأ الدستوري المنصوص عليه في المادة ٧٩ من الدستور الكويتي التي تنص على أن: "لا يصدر قانون إلا إذا أقره مجلس الأمة وصدق عليه الأمير"؛ ولا يجوز لأي سلطة أن تشارك هذا الحق المستأثر به للسلطة التشريعية، وإلا كان ذلك يمثل اعتداء صارخاً على الدستور، خصوصاً أن المادة ٥٠ من الدستور تنص على أن: "يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات مع تعاونها وفقاً لأحكام الدستور، ولا يجوز لأي سلطة منها النزول عن كل أو بعض اختصاصها المنصوص عليه في هذا الدستور"، وبالجمع بين هذه المواد والمادة ٣٢ من الدستور القائلة أن: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون"، يظهر لنا مبدأ آخر أساسي باعتباره نتيجة من مبدأ الشرعية الجزائية يسمى مبدأ انفراد التشريع في معالجة الحقوق والحريات والتي من ضمنها التجريم والعقاب[(٦)].

إلا أنه بالنظر للقانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية، يلاحظ المطلع أن السياسة التشريعية في هذا القانون قائمة في أغلبها على الإحالة والتفويض إلى القرارات الصادرة من وزير الصحة، مما يظهر تخلي السلطة التشريعية عن المبدأ الدستوري المتعلق بانفراد التشريع في التجريم والعقاب، ونعتقد أن هذا له ما يبرره من أسانيد قانونية وعملية، مما ينتج عنه موافقة هذا التفويض لمبدأ الشرعية الجزائية **(المطلب الثاني)**، لكن ينبغي لنا في هذا المقام، وقبل سرد الحجج المؤيدة لصحة هذا التفويض أن نتعرض بلمحة عن أبرز الأحكام والسمات في هذا القانون **(المطلب الأول)**.

---

(٦) أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري: الشرعية الدستورية في قانون العقوبات وفي قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٣٨؛ meĪrإJ serve de la loi, Economica, Paris, 1997, p. 16.إTremeau, La r

المطلب الأول
لمحة عن القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩

١ - تمهيد:

يأتي القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية تطبيقاً لما نص عليه الدستور في المادة ١٥ التي تقرر أن تُعنى الدولة في العناية بالصحة العامة وبوسائل الوقاية والعلاج من الأمراض والأوبئة، وقد جاء هذا القانون ليحل محل القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٦٠ المتعلق بالوقاية من الأمراض المعدية، وكما تقول المذكرة الإيضاحية في القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ أن هذا القانون الأخير قد جاء تلافياً لما في القانون السابق من نقص، وإيضاحاً لما ظهر في بعض نصوصه من عيوب.

٢ - محتوى:

واحتوى القانون الحالي على تسع عشرة مادة من غير تقسيم وتفريع، وجدول ملحق -مشار إليه في المادة الأولى- محددٍ لعدد من الأمراض السارية، وأشارت المادة الأولى أن لوزير الصحة إضافة أو حذف أي مرض سار، وتضمنت المادتان الثانية والثالثة واجب الإبلاغ في حالة العلم بالإصابة بأحد الأمراض السارية، وتحديد المسؤولين عن التبليغ وإلى من يقدم البلاغ، أما المواد من الرابعة وحتى السابعة فقد تكلمت عن إجراءات العزل وأماكنه وكيفيته وعلى من يقع العزل، والمواد من الثامنة وحتى العاشرة تضمنت أحكاماً حول عدم مخالطة المصاب بمرض سار في مسكنه أو نقله أو مكان عمله، واحتوت المواد من الحادية عشرة وحتى الرابعة عشرة إجراءات أخذ العينات من المصابين أو مخالطيهم وإجراءات الكشف والتطعيم والتطهير وأماكن العلاج، ومنحت المادة الخامسة عشرة وزير الصحة سلطات استثنائية لمواجهة الأوبئة، وذلك بإصدار أية قرارات يراها ضرورية، من ضمنها عزل المناطق ومنع التجول ودخول المساكن وتكليف الأطباء أو غيرهم من موظفي الحكومة أو القطاع الخاص للانخراط في مكافحة الأوبئة وإغلاق المحال وإتلاف المأكولات وتطهير الملابس؛ وأوردت المادة السادسة عشرة جواز تفويض الوزير لسلطاته الاستثنائية كلها أو بعضها إلى غيره من المسؤولين في وزارة الصحة، ووضعت المادة السابعة عشرة عقوبات على من يخالف أحكام القانون أو قراراته التنفيذية أو من يتعمد نقل العدوى لغيره، وتضمنت المادة الثامنة عشرة حكماً بإلغاء القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٦٠ الخاص بالاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض المعدية، وأخيراً نصت المادة

التاسعة عشرة على اختصاص وزير الصحة في تنفيذ هذا القانون والعمل به من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية.

٣ – سمات:

والحقيقة أنه إذا أردنا أن نسم هذا القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ ونصنفه تحت أحد أنواع القوانين الرئيسية، فهو يعتبر أحد القوانين الجزائية الخاصة بسبب تعميم العقوبات الواردة في الفقرتين الأولى والثانية من مادته السابعة عشرة على مخالفة كافة أحكامه والقرارات الوزارية المنفذة له، والقانون الجزائي الخاص يعرف بأنه التقنين الجزائي المستقل عن التقنين الجزائي الأساسي – أي قانون الجزاء الكويتي الذي يحمل رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠– ويتضمن في بعض جوانبه خروجاً على الأحكام العامة الواردة في قانوني الجزاء والإجراءات الجزائية، ويحتوي غالباً على جرائم مصطنعة[٧]، ومن السهل أن نتبين انطباق هذا التعريف على القانون محل الدراسة، فأولاً هذا القانون هو قانون جزائي بالنظر لتجريم مخالفة أحكامه كما هو واضح في المادة السابعة عشرة منه؛ وثانياً هو مستقل عن القانون الجزائي الأساسي في الكويت الرقيم ١٦ لسنة ١٩٦٠، وثالثاً فهو يتضمن أحكاماً خاصة تخرج عن القواعد العامة الواردة في قانوني الجزاء والإجراءات الجزائية، أهمها: إحالة مكنة إنشاء الجرائم إلى السلطة التنفيذية متمثلة بوزير الصحة بدلاً من ممارستها مباشرة من السلطة التشريعية، وجواز دخول المساكن وحجز الحرية للتطعيم والعزل دون قرارات صادرة من النيابة العامة، وأخيراً فهو قانون جزائي خاص بالنظر لما احتواه من جرائم مصطنعة خلافاً لما يسمى بالجرائم الطبيعية أو التقليدية التي يكون محلها قانون الجزاء الأساسي، ويكون فيها عدوان على قدر أدنى من القيم الأخلاقية الثابتة[٨]، فالجرائم المصطنعة هي تلك التي تقع اعتداءً على مصالح اجتماعية أو ثقافية متغيرة[٩]، لذا نظراً للتطورات والتغيرات وبناء على القرارات المتخذة بشأن الإجراءات لمكافحة الأمراض السارية والأوبئة وما يترتب على مخالفتها من جرائم، تعتبر إذن الجرائم في القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ جرائم مصطنعة.

---

(٧) أحمد عبد الظاهر، القوانين الجنائية الخاصة، النظرية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٤٦.

(٨) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص ٢٨.

(٩) انظر: علي راشد، القانون الجنائي، المدخل وأصول النظرية العامة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤، ص ١٧ وما بعدها. عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ١٤.

ومن السمات التي يتميز بها قانون مكافحة الأمراض السارية أنه يعد قانوناً مرناً ومتطوراً، يظهر ذلك من خلال عدم إحكام إغلاق أحكامه وقابلتيها للتعديل والإضافة، فالمادة الأولى منه أعطت وزير الصحة سلطة إضافة ما يستجد من أمراض سارية، وهو ما نراه حالياً في إضافة فيروس كورونا المستجد في لائحة الأمراض السارية الوبائية بناء على القرار رقم ٤٩ لسنة ٢٠٢٠ الذي نص في مادته الأولى على أن تعتبر الإصابة بفيروس كورونا المستجد (COVID-19) من الأمراض السارية والوبائية، وتعد من الأمراض المحجرية التي تخضع لإجراءات العزل للمصابين بها أو المشتبه في إصابتهم حسب مقتضيات المصلحة العامة، وكذلك في المادة الخامسة عشرة التي منحت وزير الصحة الحق في اتخاذ أية تدابير أو احتياطات أخرى يراها ضرورية غير تلك التي وردت في القانون عند ظهور الأوبئة، وتظهر مرونة القانون أيضاً في استخدامه لأسلوب الإحالة والتفويض لوزير الصحة في إنشاء الجرائم؛ فالفقرتان الأولى والثانية من المادة السابعة عشرة وضعت عقوبات على عدم احترام القرارات التي يضعها وزير الصحة تنفيذاً لمكافحة الأمراض السارية والأوبئة، ويأتي ذلك خلافاً لما هو معهود في القوانين الجزائية التي نجد نصوص التجريم فيها تشتمل على شقين: النموذج القانوني للجريمة والعقوبة المقررة لها.

وسمتا المرونة والقابلية للتطور اللتان يتمتع بهما القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية تعود إلى أن الطبيعة المتغيرة والمتجددة للمصلحة المحمية – وهي الصحة العامة والوقائية – في هذا القانون تجعله جديراً بعدم وضعه في صيغة قانونية جامدة يصعب تعديلها على وجه السرعة المطلوبة، فمجال الأمراض السارية والفيروسات مجال متجدد وغير متناه، فالمرض الساري في هذه الأيام يختلف عن الأمراض السارية قديماً وما سيظهر منها مستقبلاً، وما ظهور فيروس كورونا المستجد في أيامنا هذه إلا مثال لذلك، وفي المقابل أيضاً، فإن مجال الطرق الوقائية والعلاجية وإجراءاتها وكيفيتها لمواجهة الأمراض السارية والأوبئة مجال متجدد ومتطور، وما إجراءات العزل والحجر وطرقها إلا عناوين لهذا المجال.

٤ – تجريم:

ولضمان فعالية هذا القانون وحمايةً للمصالح التي ينظمها عبر إجراءاته وتدابيره المختلفة، فقد استعان بسلاحي التجريم والعقاب، فنصت الفقرتان الأولى والثانية من المادة ١٧ على أن: "١– كل مخالفة لأحكام هذا القانون أو للقرارات المنفذة له، يعاقب مرتكبها بالحبس مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر، وبغرامة لا تزيد على خمسة آلاف دينار،

أو بإحدى هاتين العقوبتين؛ ٢- كل مخالفة للقرارات أو التدابير المنوه عنها في المادة ١٥ من هذا القانون، يعاقب مرتكبها بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر، وبغرامة لا تزيد على عشرة آلاف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين".

ومن الملاحظ أن هذا النص قد تضمن عقوبات دون ذكر الأفعال المعاقب عليها في ذات الفقرتين، واتخذ أسلوب الإحالة في ذكر الأفعال المعاقب عليها من خلال أسلوبين من أساليب الإحالة في التجريم(١٠)، الأسلوب الأول هو أسلوب الإحالة العامة إلى أحكام في ذات القانون، والأسلوب الثاني هو الإحالة إلى القرارات التنفيذية لهذا القانون، فبالنسبة للفقرة الثانية من المادة السابعة عشرة يتضح أن عقوباتها يستحيل أن تطبق بشكل مباشر من قِبل القاضي عن طريق تطبيق أحكام المادة الخامسة عشرة إلا إذا أصدر وزير الصحة قرارات بناء عليها، فإذا لم تكن هناك قرارات صادرة في هذا الشأن فليس هناك عقوبة تطبق؛ لأن أسلوب الإحالة في التجريم المتبع فيها هو أسلوب الإحالة إلى القرارات التنفيذية للقانون، أما الفقرة الأولى من المادة السابعة عشرة فقد تضمنت الأسلوبين في آنٍ واحد، فيكون التجريم فيها إما بالإحالة إلى أحكام في القانون أو إلى قرارات القانون التنفيذية الصادرة من وزير الصحة.

وبالنسبة للجرائم المستندة إلى أحكام القانون مباشرة بعد اعتبار أي مرض أنه مرض سار ولا تحتاج لقرارات تنفيذية لتطبيقها، يمكننا أن نوجزها في الجرائم الآتية: ١- جريمة عدم الإبلاغ عن مصاب بمرض سار، المنصوص عليها في المادتين الثانية والثالثة. ٢- جريمة عدم الامتثال للعزل الإجباري للمصابين أو المشتبه بإصابتهم بمرض سار في المستشفيات المخصصة لذلك المنصوص عليها في المادة الرابعة. ٣- جريمة عدم امتثال مخالطي المصابين بأمراض سارية للعزل في المعازل التي تحددها وزارة الصحة المنصوص عليها في المادة الخامسة. ٤- جريمة عدم امتثال مخالطي المصابين بأمراض سارية للرقابة الصحية في المادة السادسة. ٥- جريمة التجمع في الأماكن التي يوجد بها مصاب بأحد الأمراض السارية المنصوص عليها في المادة الثامنة. ٦- جريمة استخدام المصاب بمرض سار في بعض الأعمال أو نقله أو إخفاء أمتعته المنصوص عليها في المادتين التاسعة والعاشرة. ٧- جريمة عدم الامتثال لأخذ العينات اللازمة للتحليل المخبري أو للتطعيم باللقاحات من أحد المصابين بمرض سار أو أحد مخالطيه المنصوص عليها في المادتين الحادية عشرة

---

(١٠) انظر في صور الإحالة في التجريم: أحمد عبد الظاهر، القوانين الجنائية الخاصة، النظرية العامة، مرجع سابق، ص ٤٣٥ وما بعدها.

والثانية عشرة. ٨- جريمة عرقلة دخول مندوبي وزارة الصحة للمساكن المنصوص عليها في المادة الثالثة عشرة.

أما الجرائم التي يجب أن تستند إلى قرارات وزير الصحة حتى تقع ويمكن عقاب مرتكبها بناء على المادة السابعة عشرة من القانون، فهي تلك المنصوص عليها في المادة الرابعة عشرة التي تجرم مخالفة قرار وزارة الصحة في قصر العلاج على دور العلاج الحكومية وعدم علاجها في عيادات الأطباء الخصوصيين؛ وأيضاً مخالفة قرارات وزير الصحة المتخذة في تطبيقه لأحكام المادة الخامسة عشرة المتعلقة باتخاذ أية تدابير أخرى يراها ضرورية لمكافحة الأوبئة.

وهذا النوع الثاني من الجرائم بما تحتويه من تفويض من المشرع إلى وزير الصحة لإنشاء الجرائم هو الذي يتعلق ببحثنا من حيث موافقته للمبدأ الدستوري المعروف في القانون الجزائي الذي يقرر بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون صادر وفقاً للإجراءات الدستورية المعنية.

المطلب الثاني
موافقة التفويض لمبدأ الشرعية الجزائية

١ – تمهيد:

ورد مبدأ الشرعية الجزائية في المادة ٣٢ من الدستور الكويتي، ونص على أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ومن المسلم به أن كلمة قانون في هذا السياق يقصد بها ما يتم اتخاذه من إجراءات دستورية سليمة للوصول إلى الصورة النهائية لإرادة الأمة عبر نوابها في السلطة التشريعية، بمعنى آخر أن يكون التجريم وعقابه مبنياً على تشريع دون غيره من مصادر قانونية كالمراسيم واللوائح والقرارات التي تصدر من السلطة التنفيذية وغيرها؛ وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية في عدة أحكام لها بقولها إن: "مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة يخول المشرع بموجب سلطته التقديرية الحق في إنشاء الجرائم وتحديد العقوبات التي تناسبها"[١١]، وأن "الأصل في إنشاء الجرائم وتحديد ما يناسبها من عقوبات، وأحوال فرضها، والإعفاء منها، أنها تدخل في نطاق السلطة التقديرية التي يمارسها المشرع وفقاً لما يراه محققاً لصالح

(١١) المحكمة الدستورية، جلسة ٢٢ أبريل ٢٠٠٨، الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية رقم ٦ لسنة ٢٠٠٧ "دستوري".

الجماعة، والحفاظ على قيمها، وصون النظام الاجتماعي، ودرء الضرر عن مجموع الناس"(١٢)، ويأتي هذا المبدأ والاختصاص الحصري للسلطة التشريعية في إنشاء الجرائم وتحديد عقوباتها لحماية الأفراد من تعسف رجال السلطة العامة، بل ومن رجال القضاء، حيث إن القاضي لا يستطيع تطبيق عقوبة غير منصوص عليها قانوناً لأي فعل من الأفعال ما لم يكن ذلك صادراً من السلطة التشريعية وفقاً للإجراءات الدستورية، وهو - أي مبدأ الشرعية - بذلك يبين الحدود الفاصلة بين السلطة التشريعية والسلطة القضائية(١٣).

٢ - اختصاص المشرع وتفويضه:

ويأتي اختصاص المشرع الحصري هذا في إنشاء الجرائم وتحديد عقوباتها، ليس فقط بالنظر إلى المادة ٣٢ من الدستور التي تقرر مبدأ الشرعية، بل إلى مواد أخرى تشكل في مجموعها الجانب الشكلي من مبدأ الشرعية الجزائية، فتنص المادة ٥٠ من الدستور على أن: "يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات مع تعاونها وفقاً لأحكام الدستور؛ ولا يجوز لأي سلطة منها النزول عن كل أو بعض اختصاصها المنصوص عليه في هذا الدستور"، كما تنص المادة ٥١ من الدستور على أن: "السلطة التشريعية يتولاها الأمير ومجلس الأمة وفقاً للدستور"، وتقرر المادة ٧٩ من الدستور أن: "لا يصدر قانون إلا إذا أقره مجلس الأمة وصدق عليه الأمير"؛ وتقرر أخيراً المادة ١٧٨ أن: "تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها، ويعمل بها بعد شهر من تاريخ نشرها، ويجوز مد هذا الميعاد أو قصره بنص خاص في القانون"، فبالجمع بين هذه المواد نستنتج عدداً من الإجراءات اللازمة للقول بتوافر الشرعية الجزائية من حيث الشكل وهي، أولاً: لابد أن يصدر التجريم والعقاب بتشريع من مجلس الأمة ومصدقاً عليه من الأمير. ثانياً: لابد أن ينشر التشريع في الجريدة الرسمية حتى يمكن العمل به وتطبيقه.

بيد أن مبدأ انفراد السلطة التشريعية بالاختصاص في سن القوانين - والتي من ضمنها إنشاء الجرائم وتحديد العقوبات - قد يعتريه بعض الاستثناءات المبررة، كما

(١٢) المحكمة الدستورية، جلسة ٢٦ يوليو ٢٠٠٦، الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية برقم ٦ لسنة ٢٠٠٦ "دستوري".

(١٣) فايز الظفيري، القواعد العامة في قانون الجزاء الكويتي، نظرية الجريمة والعقوبة، الطبعة السادسة، ٢٠١٧-٢٠١٨، ص ١٢١؛ Jacques Léauté, Le changement de fonction de la règle "nullum crimen sine lege", in Dix ans de conférences d'agrégation,?tudes de droit commercial offertes à Joseph Hamel, Dalloz, Paris, 1961, p. 81.

في حالة إعلان حالة الأحكام العرفية أو في حالة الضرورة من حيث إعطاء السلطة التنفيذية سلطة التشريع في غيبة المجلس النيابي وفقاً لما ورد في المادة ٧١ من الدستور(١٤)، أو كما في حالة تفويض السلطة التشريعية لبعض المسائل إلى السلطة التنفيذية في الأحوال العادية كما هو موضوع بحثنا، وكل ذلك لا يمس مبدأ الشرعية الجزائية.

فصحيح أن مبدأ الفصل بين السلطات المنصوص عليه في المادة ٥٠ من الدستور يمنع أي سلطة من السلطات الثلاث أن تتنازل عن كل أو بعض اختصاصها، والتي من ضمنها بلا شك سلطة المشرع في التجريم والعقاب، إلا أن هذه المادة يجب أن تقرأ إلى جوار شرحها الوارد في المذكرة التفسيرية للدستور، لا سيما أن هذه المذكرة تحتل ذات المكانة الدستورية التي تحتلها مواد الدستور(١٥)؛ فقررت هذه المذكرة التفسيرية في شرحها للمادة ٥٠ من الدستور التي قررت عدم جواز تنازل أي سلطة عن اختصاصها أن: "المقصود بصفة خاصة هو منع تنازل السلطة التشريعية عن كل اختصاصها أو بعضه للسلطة التنفيذية، بمعنى عدم جواز التنازل عن فئة من الأمور أو نوع من التشريعات أو الاختصاصات، مما يسمى تفويضاً بالسلطة، ولكن هذا النص لا يمنع السلطة التشريعية من أن تفوِّض الحكومة بتولي أمر معين بالذات ولظرف خاص بدلاً من أن يتولاه المشرع بقانون، وفي هذه الحالة قد يبين هذا القانون بعض التوجيهات أو الأحكام الرئيسية التي يجب أن تلتزمها الحكومة في ممارسة هذا الحق، كما لا يتعارض نص هذه المادة مع "قوانين السلطة التامة" حيث تقتضي ضرورة استثنائية أن تعهد السلطة التشريعية إلى السلطة التنفيذية بمواجهة أمر هام معين في جملته، كمواجهة أزمة نقدية أو اقتصادية او عسكرية مثلاً".

---

(١٤) انظر على سبيل المثال: المحكمة الدستورية، جلسة ١١ مايو ٢٠١٦، الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية برقم ٥ لسنة ٢٠١٦ "دستوري".

(١٥) يذهب غالب الفقه الدستوري في الكويت إلى المكانة الدستورية لنصوص المذكرة التفسيرية للدستور، انظر لهذه الآراء والآراء المعارضة لها في الدراسة المنشورة على الموقع الإلكتروني لمجلس الأمة الكويتي المعنونة ب"المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي ومدى إلزاميتها" في الرابط المرفق: http://www.kna.kw/clt-htm15/run.asp?id=658 (اطّلع عليه بتاريخ ٢٢ أبريل ٢٠٢٠)؛ ونهجت محكمة التمييز الكويتية رأي غالب الفقه الدستوري بأن قررت حرمان أبناء الأسرة الحاكمة من حق الترشح في الانتخابات استناداً على المذكرة التفسيرية، محكمة التمييز، جلسة ٣٠ نوفمبر ٢٠١٦، الطعون رقم٢٣٠٥ و٢٣٠٧ و٢٣٢٨ لسنة ٢٠١٦، الدائرة المدنية الأولى.

وبهذا الجمع بين المادة ٥٠ من الدستور وشرحها في المذكرة التفسيرية[(١٦)]، يمكننا أن نبرر جواز تفويض المشرع للسلطة التنفيذية لاختصاصه بالتجريم، بسبب تبني الدستور الكويتي لما يعرف بمبدأ الانفراد النسبي لاختصاص المشرع بالتشريع، حيث يمكن لهذا الأخير أن ينظم من خلال التشريع العناصر الأساسية للمسألة تاركاً للسلطة التنفيذية مهمة معالجة نقاط محددة في هذا الشأن عبر اللوائح والقرارات التنفيذية[(١٧)]، ومن هنا، فبإمكان السلطة التشريعية أن تضع قانوناً تحدد فيه نطاق التجريم وترسم حدوده، وتضع سقفاً للعقوبة لا يجوز تجاوزه، وتترك للسلطة التنفيذية مهمة تحقيق الهدف من هذا التفويض بما تملكه من لوائح تنفيذية وقرارات دون أن تتخطى ما هو مرسوم لها من تفويض، وبمقتضى ذلك فإن السلطة التنفيذية تنوب عن السلطة التشريعية في تحديد الأفعال المجرمة، وفي هذه الحالة يكون النص التشريعي مقتصراً – في تحديد الجرائم – إلى الإحالة على الأفعال المنصوص عليها في القرارات واللوائح التنفيذية الصادرة من الحكومة، وهذا النوع من النصوص التشريعية يعد بمثابة تشريع على بياض[(١٨)]، والاتجاه الغالب في الفقه يؤيد هذا التفسير[(١٩)] ويرى أن له سنداً في الدستور، وهذا السند هو عبارة "بناء على قانون" الواردة في المادة ٣٢ من الدستور الكويتي والمقررة لمبدأ شرعية الجريمة والعقوبة.

---

(١٦) من الجدير بالذكر أن عدداً من الفقهاء الدستوريين دعوا إلى إعادة صياغة المادة ٥٠ من الدستور حتى تشير بشكل صريح إلى جواز التفويض التشريعي، انظر: عثمان عبد الملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مؤسسة دار الكتاب الكويتي، ٢٠٠٣، ص ٤٢٦؛ عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت - دراسة مقارنة - الطبعة الرابعة، ٢٠٠١، ص ٧١٧.

(١٧) أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري: الشرعية الدستورية في قانون العقوبات وفي قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٤٤.

(١٨) المرجع السابق، ص٦٣.

(١٩) فيصل الكندري وغنام محمد غنام، شرح قانون الجزاء الكويتي، القسم الخاص، الطبعة الرابعة، ٢٠١٤-٢٠١٥، ص ٧٠٥ وما بعدها؛ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص ٧٥؛ محمود نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ١٢؛ عوض محمد عوض، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ٧؛ انظر عكس هذا الاتجاه: علي عبد القادر القهوجي، دور السلطة التنفيذية في مجال الجرائم، دراسة مقارنة بين الكويت ومصر، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، العدد ٢، الجزء الثاني، نوفمبر ٢٠١٧، ص ١٩.

٣ – محكمة دستورية:

وهذا النهج هو ما سلكته أيضاً المحكمة الدستورية في الكويت، بقولها إن: "مفاد المادة ٣٢ من الدستور بنصها على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، أن الدستور جعل الأصل هو أن تتولى السلطة التشريعية – ومن خلال قانون تقره وفقاً للدستور – تحديد الجرائم وتقرير عقوباتها، كما أجاز لها – لاعتبارات تقدرها وفقاً لما يقتضيه الصالح العام – الاكتفاء ببيان الإطار العام لشروط التجريم وأوضاعه وما يناسبه من جزاء، وإسناد الاختصاص إلى السلطة التنفيذية بإصدار قرارات لائحية تتناول بالتفصيل بعض جوانب التجريم والعقاب، بحيث لا يكون تدخلها – من خلال هذه القرارات – إلا وفقاً للشروط والأوضاع المنظمة بالقانون، ودون أن يعني ذلك جواز نزول السلطة التشريعية كلية عن اختصاصها في تنظيم أوضاع التجريم والعقاب، أو انفراد السلطة التنفيذية بهذا التنظيم دون سند من قانون، فضلاً عن أن مبدأ شرعية الجريمة والعقاب لا يقتضي لزوماً أن تكون الأفعال المؤثمة أو الجزاء الجنائي عنها محدداً تحديداً مباشراً، بل يكفي أن يتضمن القانون العناصر التي يكون معها هذا الفعل أو هذا الجزاء قابلاً للتحديد، ومعيناً من خلالها"[(٢٠)].

٤ – أمثلة:

وأسلوب التفويض هذا المستخدم في المادة ١٧ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية – محل بحثنا – لم يكن هو القانون الوحيد الذي يتبنى آلية الإحالة والتفويض في التجريم للسلطة التنفيذية، وإنما نجده في العديد من القوانين، فعلى سبيل المثال، المادة ١٣٥ مكرر من قانون الجزاء تعاقب كل من يخالف أحكام لوائح الضبط التي نصت عليها المادة ٧٣ من الدستور بغرامة لا تجاوز مائة دينار، وتعاقب المادة ٥ من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٧٨ في شأن أنظمة السلامة وحماية المرافق العامة وموارد الثروة العامة كل من يخالف اللائحة التنفيذية لهذا القانون بغرامة لا تجاوز مائتين وخمسة وعشرين ديناراً، كما أتاحت المادة ٣٠ من قانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٨٣ المتعلق بمكافحة المواد المخدرة لوزير الصحة أن يعدل الجداول الملحقة المحددة للمقصود بالمادة المخدرة بهذا القانون بالحذف أو بالإضافة أو بتغيير النسب الواردة به، كذلك تعاقب المادة ١٢٥ من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق

---

(٢٠) المحكمة الدستورية، جلسة ١٢ يونيو ٢٠٠٦، الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية برقم ١٥ لسنة ٢٠٠٥ "دستوري".

المالية بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف دينار ولا تجاوز مائة ألف دينار، كل من أغفل أو حجب أو منع معلومة ذات أثر جوهري – أوجب القانون أو اللائحة الإدلاء بها أو الإفصاح عنها للهيئة والبورصة – بشأن شراء أو بيع ورقة مالية، أو بشأن توصية لشراء أو بيع ورقة مالية.

٥ – مبررات عملية:

ويلجأ المشرع في الغالب إلى هذه الآلية في التفويض إلى السلطة التنفيذية لتحديد ما يرتبط من أفعال مجرمة بسبب وجود ضرورة تستدعي سرعة التدخل القانوني، وهذه السرعة غير متاحة للسلطة التشريعية بسبب البطء في إجراءات إصدار القوانين وإنما متاحة للسلطة التنفيذية باعتبار أن القرار الإداري أو اللائحة لا يحتاج إلى الوقت ذاته الذي يحتاجه إصدار القانون، وهذه الضرورة في الغالب تكون مرتبطة بما يتطلبه موضوع الإحالة إلى السلطة التنفيذية من خبرة فنية، فيمكن –من خلال مرونة وسرعة اتخاذ القرار– مواجهة التغيرات المتلاحقة والمتطورة والطارئة تحقيقاً للصالح العام، كما هو الحال في القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية واستخدامه في مكافحة وباء فيروس كورونا المستجد.

وإن كانت المادة ١٧ من هذا القانون قد فتحت المجال أمام وزير الصحة لاتخاذ ما يراه من احتياطات ضرورية لمكافحة الأمراض السارية بناء على تفويض من المشرع بذلك، وحددت عقوبة لمخالفة قرارات الوزير بهذا الشأن، إلا أن هذا التفويض مشروط ومقيد وليس على إطلاقه كما سنرى في المبحث التالي.

المبحث الثاني
قيود التفويض التشريعي

تمهيد وتقسيم:

إذا كان المشرع في القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ المتعلق بالاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية قد فوض وزير الصحة لتطبيق المادة ١٥ من حيث اتخاذ ما يراه ضرورياً من إجراءات وتدابير لمكافحة الأوبئة، وجعل لمخالفة هذه الإجراءات عقوبات منصوصاً عليها في المادة ١٧ من ذات القانون، فإن هذا التفويض لا يجب أن يفهم منه إطلاق سلطة الوزير في خلق الإجراءات التي يترتب عليها عقوبات، فمبدأ الشرعية الجزائية، وإن كان قد أجاز هذا التفويض بسبب الحاجة الفنية فترك الأمر للمتخصصين ليتخذوا ما يرونه على سبيل الاستعجال، إلا أنه ما زال يجب أن تُحترم باقي لوازمه، والتي من أهمها ما يعرف باليقين القانوني(٢١)، أي أن يعرف المخاطبون بالقانون مسبقاً ماهية الأوامر والنواهي التي قد يتعرضون لعقوبات عند مخالفتها؛ فيترتب على ذلك مجموعة من الشروط التي يجب أن تُأخذ في الحسبان عند محاولة تفعيل العقوبات المنصوص عليها في القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الوقاية من الأمراض السارية عبر القرارات الإدارية المنفذة له **(المطلب الأول)**.

وكما هو معلوم بالضرورة في علم القانون أن لا معنى لتقييد ولا شروط في تشريع ما، من غير رقابة قضائية حقيقية وفعالة، فيظهر من هنا تساؤل حول كيفية الرقابة القضائية على القرارات المنفذة لقانون مكافحة الأمراض السارية والأوبئة، خصوصاً أن هذه القرارات في حقيقتها تحمل في طياتها تجريماً كما نصت المادة ١٧ من هذا القانون، بمعنى آخر، كيف يمكن للقاضي الجزائي التعامل مع هذه القرارات الإدارية، لا سيما أنها تتعلق بشق الفعل المجرم من العقاب المنصوص عليه في المادة ١٧ **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول
الشروط المتعلقة بعقاب مخالفة القرارات المنفذة للقانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩

لا يتسنى تفعيل المادة ١٥ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ المتعلق بالاحتياطات الصحية لمكافحة الأمراض السارية – والتي تسمح لوزير الصحة بممارسة سلطات

---

(٢١) V. Renée Kolering, Joulin Jean et François Seuvic, Droits fondamentaux et droit criminel, AJ, juillet-aout 1998, p,108.

استثنائية تمس الحقوق والحريات، ويترتب على مخالفتها إيقاع العقوبة على مرتكب هذه المخالفة – حتى تتحقق عدة شروط، سنذكرها ونحللها في الفقرات التالية، مع ذكر القرارات التي اتخذتها السلطات في الكويت لمكافحة انتشار وباء فيروس كورونا المستجد، حتى نجعل بحثنا ملامساً للواقع الذي نشهده خلال هذه الفترة من انتشار هذا الفيروس.

١ – وجود وباء:

أول ما استهلت به المادة ١٥ من قانون مكافحة الأمراض السارية، حتى يمكن لوزير الصحة اتخاذ الإجراءات الاحترازية لمكافحة الأوبئة، هو قولها إنه: "عند ظهور وباء الجدري أو الكوليرا أو الطاعون أو أي مرض وبائي آخر..."؛ فيتضح من هذه المادة أنه لا يجوز اتخاذ أي من الإجراءات المنصوص عليها والتي تترتب على مخالفتها عقوبات جزائية، إلا في حالة وجود أحد الأمراض الوبائية المذكورة في النص أو تلك التي يقرر وزير الصحة أنها تشكل وباء.

ومن الجدير بالذكر أنه ليس كل مرض سار يشكل وباء تنطبق عليه أحكام المادة ١٥، بل هناك عدة معايير وأسس فنية طبية للقول إن هذا المرض الساري أو ذاك يشكل وباء، فالمادة الأولى من قانون مكافحة الأمراض السارية التي أحالت إلى جدول ملحق بالقانون وضعت قسمين للأمراض السارية، القسم الأول منها قد صنف الأمراض الواردة فيه إلى أمراض محجرية وأمراض غير محجرية، والأمراض المحجرية هي التي تؤدي إلى حدوث الأوبئة في حال عدم التمكن من السيطرة عليها مثل الجدري والطاعون والكوليرا.

ونظراً لعدم وجود فيروس كورونا المستجد في قسم الأمراض المحجرية في القانون المتعلق بمكافحة الأمراض السارية، أصدر وزير الصحة، تطبيقاً للمادتين ١ و١٥ من هذا القانون، قراراً يحمل رقم ٤٩ لسنة ٢٠٢٠ يتضمن اعتبار فيروس كورونا المستجد مرضاً سارياً ومحجرياً ووبائياً، ولقد تم اتخاذ هذا القرار بناء على المعطيات الفنية والطبية الصادرة من منظمة الصحة العالمية التي صنفت المرض بفيروس كورونا المستجد باعتباره جائحة، أي الوباء الذي ينتشر على نطاق شديد الاتساع يتجاوز الحدود الدُوليَّة، ومؤثراً على عدد كبير من الأفراد[٢٢].

---

(٢٢) انظر: الموقع الرسمي لمنظمة الصحة العالمية: http://www.who.int/ar

٢ - وجود ضرورة:

ولا يتم تطبيق الإجراءات المنصوص عليها في المادة ١٥ من قانون مكافحة الأمراض السارية بشكل مباشر بمجرد اتخاذ القرار من قِبل وزير الصحة باعتبار أن مرضاً ما يشكل وباءً، فالمادة ١٥ نصت على استثنائية القرارات المتعلقة بعزل المناطق أو منع التجول أو دخول المساكن أو إتلاف المأكولات والملابس وإيقاف الأنشطة، والذي يُفهم من صفة "استثنائية" -الواردة في صدر المادة ١٥- أن هذه الإجراءات تشكل خروجاً على الأصل، ومن ثَمَّ يجب أن يقدر هذا الخروج عن الأصل بقدره، أي أن يكون ضرورياً لمكافحة الوباء، وما يدل أكثر على هذا الفهم، هو ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من ذات المادة ١٥ أن لوزير الصحة اتخاذ ما يراه من تدابير واحتياطات أخرى يراها "ضرورية" لمكافحة الوباء، علاوة على ذلك، بما أن المادة ١٧ من هذا القانون تعاقب في فقرتها الثانية من يخالف قرارات الوزير المتخذة بالإجراءات الضرورية لمكافحة الأوبئة بعقوبات جزائية تصل إلى الحبس، فذلك يعني بحكم اللزوم أنها تخضع للمبدأ الحاكم في قانون الجزاء المعروف بضرورة التجريم.

ومبدأ ضرورة التجريم يعني إيجاد التوازن بين المواد الدستورية التي تضمن حقوق وحريات الأفراد، وبين حق المشرع - أو من يفوضه كما هي الحال في موضوع بحثنا- في إنشاء الجرائم وتحديد العقوبات التي تناسبها، بحيث يكون حقه هذا غير نافذ في مواجهة الحقوق والحريات إلا بالقدر اللازم الذي يكفل صونها[٢٣]، ومن ثَمَّ فإن المشرع - أو من يفوضه - إذا جرم فعلاً ما، يجب عليه أن يحدد هذا الفعل على وجه الدقة حتى يحقق الحماية للمصلحة التي يبتغيها، دون أن يشمل ذلك توسعاً في التجريم لا يتناسب مع هذه الغاية[٢٤]؛ فوزير الصحة يملك سلطة تقديرية

---

(٢٣) انظر مثلاً: المحكمة الدستورية، جلسة ٢٦ يوليو ٢٠٠٦، الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية برقم ٦ لسنة ٢٠٠٦ "دستوري"؛ المحكمة الدستورية، جلسة ٢٢ أبريل ٢٠٠٨، الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية برقم ٦ لسنة ٢٠٠٦ "دستوري"؛ المحكمة الدستورية، جلسة ١٥ مارس ٢٠١٠، الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية برقم ١٢ لسنة ٢٠١٠ "دستوري".

(٢٤) حول موضوع ضرورة التجريم، انظر: أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري: الشرعية الدستورية في قانون العقوبات وفي قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢، ص١٤٧ وما بعدها، أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٤٩٧ وما بعدها؛ Christine Lazerges, La politique criminelle, PUF, Paris, 1987, p. 6; Raphaële Parizot, "Pour un véritable principe de nécessité des incriminations", in Politique(s) criminelle(s), Mélange en l'honneur de Christine Lazerges, Dalloz, Paris, 2014, p. 245.

واسعة بحكم تفويض المشرع له ليتخذ ما يراه ضرورياً لمواجهة الأوبئة، ويأتي ذلك بناء على اعتبارات المواءمة والملاءمة في اختيار أفضل الوسائل لتحقيق المقاصد والغايات التي يبتغيها المشرع في التفويض الذي منحه له للحفاظ على الصحة العامة، ولا يجوز لغيره من سلطات قضائية التدخل في هذا التقدير الفني إلا إذا تم الخروج بشكل جلي وظاهر عن الغاية من هذا التفويض أو كان الإجراء فيه توسع في التضييق على الحريات والحقوق المصونة في الدستور بغير مبرر منطقي ومتلازم مع غاية التضييق.

وتطبيقاً لهذا الشرط، فقد تثار العديد من الإشكاليات حول احترام شرط الضرورة في بعض القرارات المتخذة وفقاً للمادة ١٥ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩؛ فعلى سبيل المثال، أصدر وزير الصحة القرار الوزاري رقم ٦٥ لسنة ٢٠٢٠[٢٥] وفرض فيه حظر التجول من الساعة الخامسة عصراً وحتى الساعة الرابعة فجراً من تاريخ ٢٢ مارس ٢٠٢٠، وذلك حتى إشعار آخر، ثم أصدر القرار رقم ٧٠ لسنة ٢٠٢٠[٢٦] وفرض فيه حظر التجول من الساعة الخامسة عصراً وحتى الساعة السادسة صباحاً من تاريخ ٦ أبريل وذلك حتى إشعار آخر، وأخيراً أصدر القرار رقم ٨٠ لسنة ٢٠٢٠[٢٧] بحظر التجول من الساعة الرابعة عصراً وحتى الساعة الثامنة صباحاً من بداية شهر رمضان للعام الهجري ١٤٤١ وحتى إشعار آخر؛ في جميع هذه القرارات من الممكن إثارة مسألة عدم احترامها لشرط الضرورة نظراً لإطلاق مدة الحظر، وذلك لاستخدام وزير الصحة في جميع هذه القرارات عبارة "حتى إشعار آخر" دون أن يحدد نهاية لحظر التجول عند تاريخ محدد؛ فكما هو معلوم أن حظر التجول يعني المساس بحرية التنقل والذهاب والإياب المكفولة في الدستور، وحتى يكون هذا المساس مقبولاً ومتوافقاً مع الدستور فلا بد أن يكون هذا المساس في الحد المقبول والضروري والاستثنائي، ولا يكون كذلك إلا إذا كان لفترة مؤقتة وليس مطلقاً من القيود الزمانية[٢٨]، فإذا قيل أن المدة اللازمة لحظر التجول، باعتباره إجراء احترازياً لمكافحة وباء فيروس كورونا المستجد، غير معلومة للسلطات الصحية، ولذلك تم النص على حظر التجول بشكل مطلق، سنقول إن هذا لا يمنع وزير الصحة من

(٢٥) الكويت اليوم، ملحق ٣ للعدد ١٤٨٨، السنة السادسة والستون، ٢٥ مارس ٢٠٢٠، ص ١٣.

(٢٦) الكويت اليوم، ملحق ٦ للعدد ١٤٨٨، السنة السادسة والستون، ٩ أبريل ٢٠٢٠، ص ١١.

(٢٧) الكويت اليوم، ملحق ٩ للعدد ١٤٨٨، السنة السادسة والستون، ٢٣ أبريل ٢٠٢٠، ص ٨.

(٢٨) محمد محمد بدران، النظم السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص٣٦٤.

إصدار قرار الحظر بشكل محدد المدة، فإذا احتاجت مكافحة فيروس كورونا مدة أكثر، فعليه أن يصدر قراراً آخر محدد المدة وهكذا، وما ينطبق على قرارات حظر التجول من حيث عدم تحديد نهاية المدة، ومن ثمَّ عدم احترام شرط الضرورة، قد ينطبق على غيرها من قرارات اتخذت بهذا الشأن كعزل منطقتي المهبولة وجليب الشيوخ[٢٩]، وكمنع إقامة التجمعات والحفلات والاستقبالات الاجتماعية[٣٠].

٣ – النشر:

وحتى تقوم المسؤولية على من يخالف القرارات المنفذة للقانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الاحتياطات الوقائية ضد الأمراض السارية، لابد أن ينصرف علم مرتكب المخالفة إلى أن السلوك الذي يرتكبه يعد سلوكاً غير مشروع حسب القانون؛ ويحكم القوانين الجزائية مبدأ هام ومنطقي يقرر أن العلم بالنص القانوني الجزائي هو علم مفترض، بمعنى أنه لا يجوز لأحد الاعتذار بالجهل بالقانون من يوم نشره والعمل به، فقررت المادة ٤٢ من قانون الجزاء أنه لا يعد الجهل بالنص المنشئ للجريمة ولا التفسير الخاطئ لهذا النص مانعاً من توافر قصد ارتكاب الجريمة، ويأتي تبرير هذا المبدأ بأن التجريم لا يسري إلا بعد النشر في الجريدة الرسمية، ومن ثَمَّ لا يجوز لأحد أن يستفيد من تقصيره في تحصيل العلم بالقانون مع وجود هذه الوسيلة الدستورية، أي الجريدة الرسمية، وإلا عمَّ الاضطراب وشاعت الفوضى بسبب تذرع الكثيرين بالجهل بالقانون[٣١].

وبسبب استناد مبدأ عدم جواز التعذر بالجهل بالنص الجزائي لنفي المسؤولية على النشر في الجريدة الرسمية، لا يجوز إذن أن يعاقب من يخالف قرارات وزير الصحة المنفذة لقانون مكافحة الأمراض السارية والأوبئة إلا بعد نشر هذه القرارات في الجريدة الرسمية؛ وذلك لأن هذه القرارات في حقيقتها متممة ومكملة للنص الجزائي في المادة ١٧ من قانون مكافحة الأمراض السارية الذي يقرر عقوبات الحبس أو الغرامة على مخالفة قرارات وزير الصحة، وفي هذا السياق، فقد قررت محكمة التمييز أنه لا يجوز توقيع العقاب على مخالفة قرار وزارة الصحة بشأن التسعير

(٢٩) الكويت اليوم، ملحق ٦ للعدد ١٤٨٨، السنة السادسة والستون، ٩ أبريل ٢٠٢٠، ص ١٢.
(٣٠) الكويت اليوم، ملحق العدد ١٤٨٨، السنة السادسة والستون، ١٩ مارس ٢٠٢٠، ص ٦.
(٣١) محمد عبد اللطيف عبد العال، النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجنائية في قانون الجزاء الكويتي، مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، ٢٠١٥، ص ٥٠٤ وما بعدها.

الجبري لبيع الأدوية والمستحضرات الطبية إلا إذا تم نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية[٣٢]؛ علاوة على ذلك، فإن من لوازم مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة أن لا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون الذي ينص عليها كما قررته المادتان ٣٢ و١٧٩ من الدستور، ولا يعمل بالقانون إلا بعد نشره في الجريدة الرسمية كما قررته المادة ١٧٨ من الدستور.

ومن الملاحظ أن قرارات وزير الصحة –المشار إليها أعلاه– التي اتخذت تطبيقاً للمادة ١٥ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ وذلك لمكافحة فيروس كورونا المستجد، قد تم تطبيق بعضها قبل نشره في الجريدة الرسمية، مثل قرار حظر التجول رقم ٦٥ لسنة ٢٠٢٠، حيث قرر بداية حظر التجول من الساعة الخامسة عصراً وحتى السادسة صباحاً ابتداء من تاريخ ٢٢ مارس ٢٠٢٠، وتم نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٥ مارس ٢٠٢٠؛ لذا فإن أي مخالفة قد تمت لهذا القرار قبل تاريخ نشره والعمل به وفقاً لما هو مقرر في المادة ١٧٨ من الدستور لا تشكل جريمة لمخالفته لشرط النشر[٣٣].

٤ – اختصاص وزير الصحة:

ويشترط لتفعيل المادة ١٥ من قانون مكافحة الأمراض السارية والتي تتيح اتخاذ إجراءات استثنائية لمكافحة الأوبئة أن تصدر تلك القرارات من وزير الصحة؛ وقررت المادة ١٦ من ذات القانون أنه يجوز لوزير الصحة أن يفوض غيره من مسؤولي وزارة الصحة اتخاذ هذه القرارات، إذن فأي قرار يصدر من غير هؤلاء الأشخاص يعتبر قراراً باطلاً ومخالفاً لقاعدة الاختصاص في القرارات الإدارية ولمبدأ

---

(٣٢) محكمة التمييز، جلسة ٥ ديسمبر ١٩٧٧، الطعن رقم ٥١ لسنة ١٩٧٧ "جزائي"؛ محكمة التمييز، جلسة ١٩ يونيو ١٩٨٧، الطعن رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٨ "جزائي".

(٣٣) من الجدير بالذكر في هذا المقام، أنه في حال تم إلغاء القرارات الإدارية المرتبطة بقانون مكافحة الأمراض السارية والتي تحمل في طياتها تجريماً لمخالفتها استناداً على المادة ١٧ من هذا القانون، فلا يجوز لمن ارتكب المخالفة في ظل فترة سريان هذه القرارات أن يتذرع بقاعدة رجعية القوانين الجزائية الأصلح للمتهم أو المحكوم عليه، ومن ثَمَّ يتمسك بأن القرارات قد ألغيت فلا يجوز معاقبته على نصوص ملغية، وسبب عدم جواز ذلك هو أن القرارات المتخذة بناء على هذا القانون لمواجهة الكوارث الصحية والأوبئة تعتبر قرارات ظرفية وطارئة لمواجهة أزمة طارئة، فيسري عليها حكم المادة ١٦ من قانون الجزاء التي قررت عدم جواز التذرع بقاعدة القانون الأصلح إذا كان القانون الذي يقرر العقوبة قانوناً دعت إلى إصداره ظروف طارئة.

المشروعية في تلك القرارات، ومن ثَمَّ مخالفاً لمبدأ الشرعية الجزائية لتعارضه مع طريقة التفويض التشريعي المنصوص عليها في القانون.

٥ – عدم مجاوزة الحد المقرر للعقوبة:

ولمّا أتاحت المادة ١٥ من القانون – محل دراستنا – لوزير الصحة اتخاذ ما يراه من إجراءات ضرورية لمكافحة الأوبئة، فلا يعني ذلك إطلاق يده في تقرير العقوبات التي يراها مناسبة؛ وذلك لأن المشرع قد حدَّد هذا التفويض عبر المادة ١٧ التي قررت أن عقوبات مخالفة قرارات وزير الصحة هي الحبس بما لا يجاوز ستة أشهر والغرامة التي لا تجاوز عشرة آلاف دينار أو إحدى هاتين العقوبتين.

وفي هذا السياق، نود أن نشير إلى عدم مشروعية ما قرره مجلس الوزراء، وفقاً لبيانه الصادر بتاريخ ٢٠ أبريل ٢٠٢٠[٣٤]، بشأن تكليف وزارة الداخلية ووزارة الإعلام بنشر أسماء مخالفي قرارات حظر التجول والحجر المنزلي، لما في ذلك من تجاوز على ما هو مقرر من عقوبات منصوص عليها في قانون الأمراض السارية، حيث أضاف عقوبة التشهير بالمخالف دون أن يكون لهذه العقوبة سند في قانون الأمراض السارية، ناهيك عن عدم اختصاص مجلس الوزراء ولا وزارتي الإعلام ولا الداخلية أصلاً بإصدار مثل هذه القرارات[٣٥].

وبعد إيراد هذه الشروط اللازمة حتى تترتب العقوبات الجزائية على مخالفة القرارات المتخذة والمنصوص عليها في القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية، يثار التساؤل حول دور القاضي الجزائي – إذا أراد توقيع العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون – في التعامل مع هذه القرارات، وهذا ما سنبينه في المطلب التالي.

---

(٣٤) انظر هذا البيان على الموقع الرسمي لمجلس الوزراء في الرابط المرفق: https:// www.cmgs.gov.kw/Weekly-Statement?enc=zPWT0V2UkuEAZG69VR6LOw (تم الاطلاع عليه بتاريخ ٢٧ أبريل ٢٠٢٠).

(٣٥) من الجدير بالذكر أن هذا التكليف لم يرَ النور ولم يتم تطبيقه.

المطلب الثاني

رقابة القاضي الجزائي للقرارات المنفذة للقانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩

١ - تمهيد:

تنص المادة ١٧ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية في فقرتيها الأولى والثانية على أن: "١- كل مخالفة لأحكام هذا القانون أو للقرارات المنفذة له، يعاقب مرتكبها بالحبس مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر، وبغرامة لا تزيد على خمسة آلاف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين؛ ٢- كل مخالفة للقرارات أو التدابير المنوه عنها في المادة ١٥ من هذا القانون، يعاقب مرتكبها بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر، وبغرامة لا تزيد على عشرة آلاف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين...".

٢ - أركان الجريمة:

إذا أراد القاضي الجزائي تطبيق هذا النص، فيتحتم عليه أولاً أن يتأكد من وجود القرارات الإدارية في حال إذا كان الفعل الذي تم مخالفته ليس وارداً في القانون المذكور وإنما ورد في القرارات المنفذة لهذا القانون، يترتب على ذلك أن وجود هذه القرارات بالنسبة للقاضي الجزائي هو أحد الشروط المفترضة، بمعنى آخر، فإن وجود القرار الإداري في هذا النص يعد أحد العناصر الخاصة في التجريم الوارد في نص المادة ١٧ من قانون الاحتياطات الصحية لمكافحة الأمراض السارية، والمقصود بالشرط المفترض -وهو أحد الأركان الخاصة للجريمة في القانون الجزائي- أنه الحالة الواقعية أو القانونية التي يلزم توافرها قبل مباشرة السلوك المكون للجريمة، ويترتب على تخلفها أن لا يثبت لهذا السلوك وصف الجريمة[٣٦].

من ناحية أخرى، بعد أن يتأكد القاضي الجزائي من وجود القرار الإداري، وحتى يبحث في مدى قيام المسؤولية الجزائية على مرتكب مخالفة قرارات وزير الصحة بناء على نص المادة ١٧ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن مكافحة الأمراض السارية، فلابد له أن يرجع إلى محتوى هذه القرارات الإدارية ليستخرج منها العناصر التكوينية لهذه المخالفة المجرمة، وهذه العناصر - هي في الغالب - تدور حول ثلاثة

(٣٦) محمد عبد اللطيف عبد العال، النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجنائية في قانون الجزاء الكويتي، مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، ٢٠١٥، ص ٢٢٨؛ رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص ٤٨٣.

عناصر هي: الشروط المفترضة، والركن المادي، والركن المعنوي؛ وسبب رجوع القاضي للقرارات الإدارية هذه ناشئ عن تفويض المشرع لوزير الصحة بإصدار القرارات اللازمة لمكافحة الأوبئة والأمراض السارية.

فالقاضي الجزائي في هذه الحال يلجأ إلى تطبيق وتفسير ما ورد في هذه القرارات ليستخرج منها ما يشكل الأركان التكوينية للفعل المجرم، ويثار التساؤل في هذا السياق حول صلاحية القاضي الجزائي في النظر إلى مدى مشروعية القرارات المتخذة من وزير الصحة، ومدى توافقها مع صحيح القانون واشتراطاته، وذلك أثناء نظره لدعوى جزائية مستندة على مخالفة هذه القرارات، وسواء أكان هذا النظر في مشروعية القرارات صادراً من تلقاء القاضي أو بناء على دفع المتهم أو وكيله، لا سيما أن الاختصاص في نظر مشروعية القرارات الإدارية يكون من نصيب الدائرة الإدارية في المحكمة الكلية بناء على قانون إنشائها(٣٧)، وتندرج هذه الحالة في القانون الإجرائي فيما يسمى المسائل العارضة، أي الأمر الذي يتوقف فيه الفصل في الدعوى الجزائية على الفصل فيه، ويكون محلاً لاختصاص قاضٍ آخر غير القاضي الجزائي.

٣ – فراغ تشريعي:

في الحقيقة لم ينظم قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي هذه المسألة(٣٨)، على عكس قانون المرافعات المدنية والتجارية الذي قرر في المادة ٩٠

---

(٣٧) تنص المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بشأن إنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية: "تنشأ بالمحكمة الكلية دائرة إدارية تشكل من ثلاثة قضاة وتشتمل على غرفة أو أكثر حسب الحاجة، وتختص دون غيرها بالمسائل الآتية، وتكون لها فيها ولاية قضاة الإلغاء والتعويض:
المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت والعلاوات المستحقة للموظفين المدنيين أو لورثتهم.
الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة المدنية.
الطلبات التي يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بالترقية.
الطلبات التي يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الصادرة بإنهاء خدماتهم أو بتوقيع جزاءات تأديبية عليهم.
الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية عدا القرارات الصادرة في شأن مسائل الجنسية وإقامة وإبعاد غير الكويتيين وتراخيص دور العبادة".

(٣٨) الجدير بالذكر أنه إذا كانت المسألة العارضة متعلقة بدستورية نص أو لائحة فإن من الواجب على القاضي الجزائي وقف الدعوى وإحالة المسألة إلى المحكمة الدستورية لوجود النص الصريح حول هذا الإجراء في نص المادة الرابعة من قانون إنشاء المحكمة الدستورية رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣.

منه على أن: "تأمر المحكمة بوقف الدعوى إذا رأت تعليق الحكم في موضوعها على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم، وبمجرد زوال سبب الوقف يكون لأي من الخصوم تعجيل الدعوى"؛ لذا ظهرت عدة آراء فقهية في الفقه الجزائي الكويتي لحل هذه المسألة إذا عرضت أمام القاضي الجزائي، فذهب الرأي الأول إلى أنه يجب على القاضي الجزائي وقف الدعوى والإحالة إلى المحكمة المختصة قياساً على المادة ٩٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية واحتراماً للاختصاص النوعي للمحاكم[٣٩]؛ وذهب الرأي الثاني لاختصاص القاضي الجزائي في الفصل بالمسائل العارضة دون وقف أو إحالة في جميع الأحوال[٤٠]، وذهب رأي ثالث إلى التفرقة بين حالتين، فإذا كانت هناك دعوى منظورة أمام محكمة أخرى مختصة بالمسألة العارضة، فيجب على القاضي الجزائي وقف الدعوى الجزائية لحين الفصل في المسألة العارضة، أما إذا لم تكن هناك دعوى قائمة فإنه لا محل لوقف الدعوى الجزائية وإحالتها[٤١].

٤ - اختصاص بالرقابة:

ونميل إلى الرأي القائل باختصاص القاضي الجزائي للفصل بالمسألة العارضة دون وقف الدعوى ولا إحالتها للمحكمة المختصة نوعياً وذلك لعدة حجج، أولاً: إن خلو نصوص قانون الإجراءات الجزائية من تنظيم هذه المسألة ليس فيه إلزام للقاضي الجزائي أن يستعين بأحكام وقف الدعوى المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية للاختلاف بين المواضيع المنظمة في كِلا القانونَيْن، ففي الأول يتم تنظيم الدعوى العمومية وما يرتبط بها من إجراءات، في حين أن الثاني ينظم الدعاوى الخاصة، ولا يسوغ الرجوع إذن إلى أحكام قانون المرافعات باعتباره الشريعة العامة في حال خلو قانون الإجراءات من تنظيم بعض المسائل، ولقد قررت محكمة التمييز في أحكام عديدة لها حول مسألة خلو قانون الإجراءات من تنظيم الطعن بإعادة التماس النظر مع وجوده في قانون المرافعات أنه: "لا يساغ القول أن قانون المرافعات المدنية والتجارية قد أورد في الفصل الثالث من الباب التاسع التماس إعادة النظر كطريق من طرق الطعن في الأحكام الجزائية، وأنه يرجع إليه بحسبانه القانون

(٣٩) عبد الوهاب حومد، الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٩، ص ١٦١.

(٤٠) مبارك النويبت، الوسيط في شرح قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨، ص ٣٨١ وما بعدها.

(٤١) حسن صادق المرصفاوي، شرح قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي، جامعة الكويت، ١٩٧٠، ص ٣٧٤ وما بعدها.

الإجرائي العام لسد أي نقص في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية، ولا يتسع إلى إنشاء طريق طعن لا تعرفه التشريعات الجزائية"[٤٢]. ثانياً: إن إثارة المسألة العارضة أمام القاضي تعد إحدى وسائل الدفاع والدفوع في الدعوى، فهي بالتالي تخضع للقاعدة المنطقية في النظام الإجرائي المعروفة بأن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، والتي تعني أن القاضي المختص بالفصل في موضوع الطلب الأصلي يكون مختصاً أيضاً بالفصل في وسائل الدفاع والدفوع التي تقدم فيه مواجهة الطلب الأصلي[٤٣]، ولا تُحدّ هذه القاعدة إلا بوجود نص صريح يستثني هذا الأصل، كما هي الحال لو كانت المسألة العارضة مسألة دستورية، وذلك لاختصاص المحكمة الدستورية دون غيرها للفصل بدستورية القوانين واللوائح. ثالثاً: إن المحاكمات الجزائية تستند إلى مبدأ هام وهو حق المتهم في محاكمة سريعة[٤٤]، وهذا المبدأ لا يتسق مع إلزام القاضي الجزائي بوقف الدعوى وإحالتها للمحكمة المختصة، حيث إن ذلك سيتسبب في تأخير الفصل بالدعوى الجزائية. رابعاً: إن القاضي الجزائي حين ينظر للمسائل العارضة فإنه ينظر في الحقيقة إلى مسائل متعلقة بأركان الجريمة وشروطها المفترضة[٤٥]، بل تتأكد هذه الحجة في حال إذا كان التجريم وارداً في قرارات إدارية نتيجة لتفويض صادر من المشرع إلى السلطة التنفيذية، كما هي الحال في موضوع بحثنا، فيكون القرار الإداري ومحتواه امتداداً ومكملاً للنص الجزائي، ولا يستقيم القول بعدم اختصاص القاضي في الرقابة على القرارات الإدارية مع إلزامه بتطبيقها وتفسيرها. خامساً: وفيما يتعلق بموضوع بحثنا، إن الحكم الصادر من القاضي الجزائي فيما يتعلق بصحة القرار الإداري ومشروعيته من عدمه ليس له حجية مطلقة على القاضي الإداري المختص، بمعنى أن ما يصدره من حكم جزائي استناداً على مشروعية أو عدم مشروعية القرار الإداري يستهدف فقط الوصول إلى منطوق الحكم الجزائي المنحصر بإثبات البراءة أو الإدانة للمتهم، دون أن يرد في هذا

---

(٤٢) محكمة التمييز، جلسة ١٨ يونيو ٢٠١٧، الطعن رقم ٩٠١ لسنة ٢٠١٦ "جزائي"؛ محكمة التمييز، جلسة ١١ مارس ٢٠٠٣، الطعن رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ "جزائي"؛ محكمة التمييز، جلسة ١٢ مايو ١٩٩٧، الطعن رقم ٣٠٢ لسنة ١٩٩٦ "جزائي".

(٤٣) عزمي عبد الفتاح، الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، الكتاب الأول، ٢٠٠٦-٢٠٠٧، ص ٤٣١.

(٤٤) انظر: غنام محمد غنام، حق المتهم في المحاكمة السريعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٣ وما بعدها.

(٤٥) محمد عبد الحميد مكي، المسائل الأولية غير الجنائية التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى الجنائية، دراسة مقارنة، دار جامعة نايف للنشر، الرياض، ٢٠١٦، ص ٣٣ وما بعدها.

المنطوق ما يتعلق بمشروعية القرار الإداري من عدمها، فلا يتقيد أي قاض آخر بما ورد في هذا الحكم من أسباب تفصل في مشروعية أو عدم مشروعية القرار الإداري(٤٦)؛ وأخيراً فإن القاضي الجزائي حين يفصل في مسألة صحة أو عدم صحة القرار الإداري يستند على مبدأ الاستقلالية التي يحظى بها القانون الجزائي، حيث إن هذا القانون "يتمتع بذاتية خاصة ويخضع لسياسة مختلفة تتعلق بنطاق الحماية التي يكفلها بالجزاء الجنائي، ومن ثَمَّ لا يلتزم بالاعتبارات التي تهدف القوانين الأخرى إلى حمايتها"(٤٧)، فإذا كان الهدف من الدعاوى الإدارية هو الرقابة على التزام الجهات الإدارية – مصدرة القرارات – بالمصلحة العامة وحسن تسيير المرافق العامة وإدارتها، فإن الهدف من الدعاوى الجزائية هو إيقاع العقوبات على مرتكبي الجرائم.

٥ – كيفية الرقابة:

بعد أن قررنا أنه يجوز للقاضي الجزائي النظر في صحة القرار الإداري من عدمها باعتبارها امتداداً وتطبيقاً للنص الجزائي، وطالما أن هذا النظر ضروري للفصل في الدعوى الجزائية، فإنه يحق إذن للقاضي الجزائي ما يحق للقاضي الإداري في الرقابة على القرارات الإدارية، بمعنى آخر أن ينظر لكافة العيوب المتعلقة بالقرار الإداري الكفيلة بإبطاله(٤٨)، وسواء أكان ذلك بناء على دفاع ودفوع المتهم أم من تلقاء نفسه باعتبار أن دور القاضي الجزائي في الدعوى هو دور إيجابي.

وعليه يجوز للقاضي الجزائي أن يبرئ المتهم في الدعاوى الجزائية التي ترفع عليه لمخالفة هذا الأخير للقرارات المنفذة للقانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ المتعلق بالاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية، إذا كان هذا القرار قد صدر وبه عيب عدم الاختصاص، كأن يصدر مثلاً من وزير غير وزير الصحة أو من مسؤول في وزارة الصحة غير مفوض من وزير الصحة، وقد يعتبر القاضي الجزائي أن القرار

(٤٦) Jean Pradel, Droit pénal général, 21e édition, CUJAS, Paris, 2016, p. 196: Emmanuel Dreyer, Droit pénal général, troisième édition, LexisNexis, Paris, 2014, p. 287.

(٤٧) محكمة التمييز، جلسة ١٩ أكتوبر ١٩٨٧، الطعن رقم ٤ لسنة ١٩٨٧ "جزائي"؛ انظر في موضوع ذاتية القانون الجزائي: محمد عبد اللطيف عبد العال، النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجنائية في قانون الجزاء الكويتي، مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، ٢٠١٥، ص ٢٥ وما بعدها.

(٤٨) انظر في عيوب القرارات الإدارية: المبادئ القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال أربعين عاماً في القضاء الإداري، وزارة العدل، الكويت، ٢٠١٦، ص ٧١ وما بعدها.

الإداري – سند الجريمة – باطل نظراً لمخالفته للقانون، كأن يخالف القرار المادة ١٧ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ التي حددت الحد الأعلى للعقوبات الجزائية، أو قد يبطل القرار الإداري المنفذ لقانون مكافحة الأمراض السارية بسبب عيب الشكل والإجراءات، كأن يصدر دون أن ينشر في الجريدة الرسمية على اعتبار أن النشر إجراء وجوبي نظراً لارتباطه بالجانب الشكلي لمبدأ شرعية الجريمة والعقوبة، ويجوز للقاضي الجزائي أن يحكم بالبراءة نظراً لوجود عيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها في القرار الإداري، أو أن يخالف هذا القرار روح التشريع والغاية منه، إلا إنه لا يجوز للقاضي الجزائي – كما هي الحال للقاضي الإداري – أن يتعدى في رقابته ويبسطها على ملاءمة ومناسبة إصدار القرار الإداري، ما لم يكن إصداره قد شابه عيب ظاهر في إساءة استعمال السلطة(٤٩).

وختاماً، من الجدير بالذكر في هذا السياق، أن تقف رقابة القاضي الجزائي عند حد المشروعية للقرارات الإدارية التنظيمية أو اللائحية دون أن يستطيل ذلك لدستوريتها أثناء فحصه للقرارات المنفذة للقانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الاحتياطات الصحية لمكافحة الأمراض السارية؛ وذلك لأن هذه القرارات التنفيذية هي قرارات لائحية، يكون الاختصاص في رقابة دستوريتها للمحكمة الدستورية وفقاً للمادة الرابعة من قانون إنشائها، بشرط أن يتعلق هذا الطعن على القرار اللائحي بتعارضه مع نص دستوري وليس بتعارضه مع أحكام القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ أو أحد نصوصه(٥٠).

الخاتمة:

استطاعت السلطات الإدارية والصحية في الكويت أن تواجه من الناحية القانونية تداعيات تفشي وانتشار فيروس كورونا المستجد الذي اجتاح العالم أجمع، والذي ظهرت أولى حالته في الكويت في أواخر شهر فبراير من العام ٢٠٢٠، وكان سند هذه المواجهة هو القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية وما يحتويه من آلية التفويض التشريعي، الذي جعل لوزارة الصحة

---

(٤٩) ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٥، ص ٣٨؛ وسام صبار العاني، القضاء الإداري، دار السنهوري القانونية والعلوم السياسية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٤٢؛ Jean Pradel, Droit pénal général, ob. cit., p. 196.

(٥٠) انظر: المحكمة الدستورية، جلسة ٢٢ نوفمبر ٢٠١١، الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية رقم ١٧ لسنة ٢٠١١ "دستوري"، محكمة التمييز، جلسة ١٨ مارس ٢٠٠٨، الطعنان الرقيمان ٣٨ و٨٧ لسنة ٢٠٠٧ "إداري".

مكنة وإجراءات غير حصرية لمواجهة أي مرض معد، وسواء أكان هذا المرض معلوماً أم غير معلوم.

وكانت أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذا البحث تتمحور في عدة نقاط. أولاً: إن التفويض التشريعي الممنوح لوزارة الصحة في قانون مكافحة الأمراض السارية لا يتعارض مع المبدأ الجزائي المعروف والمنصوص عليه في الدستور المتعلق بالقول إنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، من حيث إن كلمة القانون الواردة في هذا المبدأ لا تعني حصراً أن يكون هذا القانون صادراً من السلطة التشريعية بشكل مباشر. ثانياً: إن التفويض التشريعي – محل بحثنا – لا يتعارض أيضاً مع مبدأ الفصل بين السلطات وعدم تنازل إحداها عن اختصاصاتها لغيرها كما ورد في المادة ٥٠ من الدستور؛ وذلك لأن هذه المادة مقيدة بما ورد في المذكرة التفسيرية للدستور – ذات المكانة القانونية الدستورية – التي تسمح بالتفويض التشريعي في بعض الأحوال. ثالثاً: لا يمكن أن تكون المواجهة الجزائية والعقابية لمخالفة إجراءات مكافحة الأمراض السارية والمعدية، والتي لا يمكن توقع – في بعض الأحيان – ما يستجد منها، بناء على انتظار ما يصدره المشرع من قوانين، وذلك لأن عامل الوقت والسرعة في اتخاذ تدابير مكافحة الأمراض المعدية تحتاج إلى سرعة في اتخاذ القرار لا تتأتى إلا في حالة التفويض التشريعي إلى السلطات الصحية لاتخاذ مثل هذه القرارات. رابعاً: إن التفويض التشريعي لا يعني إطلاق يد السلطات الصحية من كل قيد أو شرط، فالسلامة القانونية للمعاقبة على مخالفة قرارات وزارة الصحة منوطة باتباعها لبعض الاشتراطات المرتبطة بمبادئ القانون الجزائي. خامساً: إن القاضي الجزائي يملك الرقابة على صحة القرارات الإدارية الصادرة تنفيذاً لقانون مكافحة الأمراض السارية، إذا كان فصله في صحة هذه القرارات مسألة لازمة لتنفيذ العقوبات الواردة في المادة ١٧ من هذا القانون.

وأهم التوصيات المترتبة على بحثنا تتمحور حول ضرورة احترام مبدأ الشرعية الجزائية حتى في حالة التفويض التشريعي، من خلال احترام لوازمه الشكلية المتعلقة بنشر القرارات في الجريدة الرسمية، واحترام لوازمه الموضوعية المتعلقة ببيان النواهي بشكل واضح ومحدد في حال لو اقتضت الضرورة أن يفوض المشرع اختصاصه بالتجريم إلى السلطة التنفيذية، وألا يلجأ المشرع إلى التفويض التشريعي إلا بعد دراسة متأنية لمدى ضرورة هذا التفويض، ومن جهة أخرى، يجب أن يتأكد القاضي الجزائي من سلامة وصحة القرارات التنفيذية الصادرة بناء على قانون مكافحة الأمراض السارية، ومدى تطابقها مع الأصول والمبادئ القانونية، جزائية كانت

أو إدارية، إذا كان ذلك لازماً لتوقيع العقوبات المنصوص عليها في المادة ١٧ من القانون المذكور، وذلك احتراماً لحقوق الأفراد وحرياتهم، علاوة على ذلك، لابد للمشرع من إنهاء الجدل حول اختصاص القاضي الجزائي في المسائل العارضة غير الجزائية والتي يتوقف عليها الفصل في الدعوى الجزائية المنظورة لديه.

المراجع

١ - الكتب والمقالات العلمية العربية:

- أحمد عبد الظاهر، القوانين الجنائية الخاصة، النظرية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.
- أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢.
- أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري: الشرعية الدستورية في قانون العقوبات وفي قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢.
- حسن صادق المرصفاوي، شرح قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي، جامعة الكويت، ١٩٧٠.
- خليفة الحميدة، القانون الدستوري - النظرية والتطبيق -، ٢٠١٥.
- رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧.
- عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت - دراسة مقارنة - الطبعة الرابعة، ٢٠٠١.
- عبد الوهاب حومد، الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٩.
- عثمان عبد الملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مؤسسة دار الكتاب الكويتي، ٢٠٠٣.
- عزمي عبد الفتاح، الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، الكتاب الأول، ٢٠٠٦-٢٠٠٧.
- علي راشد، القانون الجنائي، المدخل وأصول النظرية العامة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤.
- علي عبد القادر القهوجي، دور السلطة التنفيذية في مجال الجرائم، دراسة مقارنة بين الكويت ومصر، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، العدد ٢، الجزء الثاني، نوفمبر ٢٠١٧، ص ١٩.

- عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.
- عوض محمد عوض، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٨.
- غنام محمد غنام، حق المتهم في المحاكمة السريعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
- فاضل نصر الله، شرح القواعد العامة لقانون الجزاء الكويتي في ضوء الفقه والقضاء، الجريمة والعقوبة، الطبعة الخامسة، ٢٠١٣-٢٠١٤.
- فايز الظفيري، القواعد العامة في قانون الجزاء الكويتي، نظرية الجريمة والعقوبة، الطبعة السادسة، ٢٠١٧-٢٠١٨.
- فيصل الكندري وغنام محمد غنام، شرح قانون الجزاء الكويتي، القسم الخاص، الطبعة الرابعة، ٢٠١٤-٢٠١٥.
- ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٥.
- مبارك النويبت، الوسيط في شرح قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨.
- محمد عبد الحميد مكي، المسائل الأولية غير الجنائية التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى الجنائية، دراسة مقارنة، دار جامعة نايف للنشر، الرياض، ٢٠١٦.
- محمد عبد اللطيف عبد العال، النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجنائية في قانون الجزاء الكويتي، مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، ٢٠١٥.
- محمد محمد بدران، النظم السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
- محمود نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩.
- وسام صبار العاني، القضاء الإداري، دار السنهوري القانونية والعلوم السياسية، القاهرة، ٢٠١٥.

٢ - الكتب والمقالات العلمية الأجنبية:

- Christine Lazerges, La politique criminelle, PUF, Paris, 1987.
- Emmanuel Dreyer, Droit pénal général, troisième édition, LexisNexis, Paris, 2014.
- Jacques Léauté, Le changement de fonction de la règle "nullum crimen sine lege", in Dix ans de confۥrences d'agrۥgation, گtudes de droit commercial offertes ب Joseph Hamel, Dalloz, Paris, 1961, p. 81.
- Jean Pradel, Droit pénal général, 21e édition, CUJAS, Paris, 2016.
- Jérôme Tremeau, La réserve de la loi, Economica, Paris, 1997.
- Raphaële Parizot, Pour un véritable principe de nécessité des incriminations, in Politique(s) criminelle(s), Mۥlange en l'honneur de Christine Lazerges, Dalloz, Paris, 2014, p. 245.
- Renée Kolering, Joulin Jean et François Seuvic, Droits fondamentaux et droit criminel, AJ, juillet-aout 1998, p. 108.

٣ - الأحكام القضائية:

- المبادئ القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال أربعين عاماً في القضاء الإداري، وزارة العدل، الكويت، ٢٠١٦.
- محكمة التمييز، جلسة ١١ مارس ٢٠٠٣، الطعن رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ "جزائي".
- محكمة التمييز، جلسة ١٢ مايو ١٩٩٧، الطعن رقم ٣٠٢ لسنة ١٩٩٦ "جزائي".
- محكمة التمييز، جلسة ١٨ مارس ٢٠٠٨، الطعنان الرقيمان ٣٨ و٨٧ لسنة ٢٠٠٧ "إداري".
- محكمة التمييز، جلسة ١٨ يونيو ٢٠١٧، الطعن رقم ٩٠١ لسنة ٢٠١٦ "جزائي".

- محكمة التمييز، جلسة ١٩ أكتوبر ١٩٨٧، الطعن رقم ٤ لسنة ١٩٨٧ "جزائي"؛
- محكمة التمييز، جلسة ١٩ يونيو ١٩٨٧، الطعن رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٨ "جزائي".
- محكمة التمييز، جلسة ٣٠ نوفمبر ٢٠١٦، الطعون رقم٢٣٠٥ و٢٣٠٧ و٢٣٢٨ لسنة ٢٠١٦، الدائرة المدنية الأولى.
- محكمة التمييز، جلسة ٥ ديسمبر ١٩٧٧، الطعن رقم ٥١ لسنة ١٩٧٧ "جزائي".
- المحكمة الدستورية، جلسة ١١ مايو ٢٠١٦، الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية برقم ٥ لسنة ٢٠١٦ "دستوري".
- المحكمة الدستورية، جلسة ١٢ يونيو، الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية برقم ١٥ لسنة ٢٠١٠ "دستوري".
- المحكمة الدستورية، جلسة مارس، الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية برقم ١٢ لسنة ٢٠٠٧ "دستوري".
- المحكمة الدستورية، جلسة ٢٢ أبريل ٢٠٠٨، الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية رقم ٦ لسنة ٢٠٠٧ "دستوري".
- المحكمة الدستورية، جلسة ٢٢ نوفمبر ٢٠١١، الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية رقم ١٧ لسنة ٢٠١١ "دستوري".
- المحكمة الدستورية، جلسة يوليو، الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية برقم ٦ لسنة ٢٠٠٦ "دستوري".

The legislative delegation under law no 8 year 1969 concerning Health Precautions against Communicable Diseases: A criminal law perspective

Dr. Ahmad Alqahtani

In combating Covid-19, Kuwait's Ministry of Health has relied on Law No 8 Year 1969 concerning Health Precautions Against Communicable Diseases that delegates the minister of health to issue measures necessary to fight such diseases. To ensure that those measures were followed, the law imposed criminal penalties for the violation of those measures. This work analytically examines this legislative delegation. It concludes that this delegation does not conflict with the principle of legality pending satisfying some conditions. Furthermore, this work demonstrates that criminal judges can review the minister of health's order that is issued based on legislative delegation to ensure that these orders are not in conflict with the principle of legality

حق السلطة العامة جنائياً في دخول المساكن لمحاربة انتشار جائحة كورونا

الدكتورة/ دلال خالد السيف
قسم القانون الجزائي
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

يمثل انتشار فيروس كورونا المستجد (كوفيد-١٩) تهديداً كبيراً على حياة جميع الأشخاص في العالم اليوم بلا استثناء، فقد تصدت الكويت لهذه الجائحة بتفعيل قوانينها الاستثنائية كالقانون المتعلق بالأمراض السارية لمواجهة جائحة فيروس كورونا والتي تعطي لوزارة الصحة ولوزيرها عدة صلاحيات استثنائية كتخويل موظفي الوزارة دخول مساكن الأفراد المتفاوت بين الدخول الضروري والدخول في أي وقت للقيام بأعمال معينة تحد من انتشار الفيروس، وهذا الدخول قد يشكل اعتداء على حرمة المسكن، فنكون أمام مصلحتين متناقضتين وهما حماية مصلحة الفرد الخاصة في مسكنه، وحماية مصلحة المجتمع العامة من انتشار الوباء.

تهدف هذه الدراسة إلى عرض أهم الأحكام والقواعد الجزائية الموضوعية التي تتعلق بتجريم دخول ممثلي السلطة العامة مساكن الأفراد في الأحوال العادية، ومقارنة تلك القواعد بالنصوص والقواعد الخاصة التي تسمح لممثلي السلطة العامة بدخول مساكن الأفراد في الأحوال الاستثنائية عند انتشار الأمراض السارية، وذلك لمنع تفشيها كحالتنا اليوم أمام جائحة فيروس كورونا، تناولت هذه الدراسة أيضاً المسؤولية الجزائية التي قد تنجم إثر دخول ممثلي السلطة العامة مساكن الأفراد في ظل هذه الجائحة والتي يمكن أن يساءل بها الفرد شاغل المسكن، وكذلك الموظف ممثل السلطة.

مقدمة:

التعريف بموضوع البحث:

إن مسكن الفرد هو ملجؤه الذي يشعر فيه بالأمن والراحة والسكينة والذي يخلو فيه بنفسه وأسرته، ولما كان كذلك فقد أولاه المشرع الدستوري الكويتي أهمية بالغة، فقد نص في المادة ٣٨ منه على أن: "للمساكن حرمة، فلا يجوز دخولها بغير إذن أهلها، إلا في الأحوال التي يعينها القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه"، وبناءً على تلك الأهمية، فقد حرص المشرع الجزائي على تجريم دخول ممثلي السلطة العامة لمساكن الأفراد لما لهذه المساكن من حرمة، ولحماية الوظيفة العامة من الاستغلال، ما

لم يكن القانون هو من أعطاه هذه السلطة، وذلك في المادة ٥٥ من قانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ التي نصت على أن: "كل موظف عام أو مستخدم وكل شخص مكلف بخدمة عامة، دخل اعتماداً على وظيفته مسكن أحد الأفراد بغير رضائه في غير الأحوال المبينة في القانون، أو دون مراعاة القواعد والإجراءات المبينة فيه، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تجاوز مائتين وخمسة وعشرين ديناراً أو بإحدى هاتين العقوبتين" وهذا هو الأصل العام.

وقد شهد عالمنا اليوم انتشار وباء عالمي جديد يعرف بعدوى فيروس كورونا المستجد (كوفيد-١٩) والمصنف كمرض سارٍ، وبما أن الدولة هي المسؤولة عن الصحة العامة وهي التي تعنى برعاية الأفراد ومعالجتهم من الأوبئة، وهذا ما نص عليه الدستور الكويتي كذلك في المادة ١٥ منه بالتالي: "تعنى الدولة بالصحة العامة وبوسائل الوقاية والعلاج من الأمراض والأوبئة"، مما يستتبع معه تفعيل القانون المتعلق بالأوبئة والأمراض السارية، وهذا القانون قد أعطى لوزارة الصحة ممثلة بوزيرها سلطات استثنائية لمنع انتشار هذا الفيروس، ومنها تخويل موظفين من تلك الوزارة أو أطباء وغيرهم بدخول مساكن الأفراد، تفاوتت بين الدخول في أي وقت والدخول متى استدعت الضرورة للقيام بأعمال طبية معينة حددتها نصوص المادة ١٣ والفقرة الثالثة من المادة ١٥ من قانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية[1].

---

(١) نصت المادة ١٣ من هذا القانون على أنه: "لموظفي وزارة الصحة العامة المخولين من قبلها الحق في دخول المساكن - بعد إخطار أصحابها أو من ينوب عنهم، وبعد إبراز ما يثبت شخصيتهم - إذا دعت الضرورة للبحث عن المرضى بالأمراض السارية أو إجراء التطهير أو التطعيم اللازم أو الكشف على المخالطين، أو مكافحة الحشرات والقوارض، وللموظفين المذكورين في سبيل أداء وظيفتهم الاستعانة بأفراد قوة الشرطة".

ونصت المادة ١٥ على أنه: "عند ظهور وباء الجدري أو الكوليرا أو الطاعون أو أي مرض وبائي آخر، يخول وزير الصحة العامة سلطات استثنائية لحماية البلاد من تفشي الوباء وذلك بالاتفاق مع الوزراء المختصين، وبالاستعانة بأفراد الشرطة العامة والقوات المسلحة لتنفيذ قراراته. ويخول بصفة خاصة إصدار قرارات بالتدابير والاحتياطات الآتية: ١- عزل المناطق التي تظهر فيها حالات مرضية عزلاً تاماً، وعدم السماح بالدخول إليها أو الخروج منها بأية وسيلة كانت إلا لمن ترخص لهم وزارة الصحة العامة بذلك. ٢- منع التجول في بعض المناطق للمدة اللازمة لإجراء التطعيم الإجباري العام للسكان أو غير ذلك من الإجراءات. ٣- تخويل أطباء الصحة العامة والمعاونين الصحيين وأفراد الهيئة التمريضية وغيرهم ممن يعينهم وزير الصحة العامة دخول المساكن في أي وقت للبحث عن المرضى وعزلهم وإجراء =

وتكمن أهمية هذا البحث في عرض النصوص الخاصة التي تتعلق بالأمراض السارية وكيفية تفعيلها في الظروف الاستثنائية، وتوضيح طريقة مواجهة قانون الجزاء بمفهومه الواسع للوضع الراهن الذي نعيشه مع انتشار فيروس كورونا المستجد (كوفيد-١٩) الذي يستوجب معه دخول مساكن الأفراد من قبل ممثلي السلطة العامة المخولين من قبل وزارة الصحة للقيام بأعمال الفحص والبحث عن المرضى وغيرها.

ومن ناحية أخرى، فإن تلك الدراسة تسهم في إزالة اللبس الذي قد ينشأ بين النصوص التي تجرّم دخول ممثلي السلطة العامة لمساكن الأفراد، وكون هذا الدخول غير مشروع كأصل عام، وبين بعض النصوص التي تسمح وتبيح دخول مساكن الأفراد من قِبَل الموظفين المخولين من وزير الصحة في حال وجود وباء ومرض سارٍ كحالنا اليوم مع جائحة فيروس كورونا، وأخيراً توضيح ما قد ينشأ من مسؤولية جزائية ومخالفات قد تترتب على هذا الدخول والتي قد يرتكبها الموظف العام المخول بالعمل له، وكذلك الفرد شاغل المسكن.

إشكاليات البحث:

وعليه تتمحور إشكاليات البحث موضوع الدراسة بالتساؤلات التالية:

- كيف وفّق المشرع الجزائي الكويتي بين المصالح المتناقضة أي بين مصلحة الفرد المتمثلة في حقه في حرمة المسكن، وبين مصلحة المجتمع في منع انتشار وباء كورونا المستجد (كوفيد-١٩) والتصدي له؟ وهل تمكن من تحقيق النجاح في ذلك؟
- هل يعتبر دخول ممثلي السلطة العامة لمساكن الأفراد في الأحوال الاستثنائية مثل حالة الأمراض السارية كفيروس كورونا استعمالاً للسلطة كسبب من أسباب الإباحة، أو يعد حالة ضرورة تمنع من المسؤولية الجزائية؟
- ما أبرز السلوكيات المجرمة في قانون الجزاء التي يمكن تصوّر ارتكابها من قبل

= التطعيم والتطهير وغير ذلك من الإجراءات الصحية الوقائية اللازمة.٤- تكليف الأطباء وأفراد الهيئة التمريضية والموظفين الفنيين والإداريين الحكوميين والعاملين في القطاع الخاص بالعمل في مكافحة الوباء.٥- إتلاف المأكولات والمشروبات وتطهير الملابس والأدوات والأثاث وغيرها الملوثة أو المشتبه في تلوثها، وإغلاق المحلات العامة التي يحتمل أن تكون مصدراً للعدوى، وإبعاد العاملين في هذه المحلات والباعة المتجولين عن العمل إذ اقتضت الضرورة ذلك. ٦- اتخاذ أية تدابير أو احتياطات أخرى يراها ضرورية لمكافحة الوباء".

الفرد شاغل المسكن وممثل السلطة العامة حتى بعد دخول المسكن الدخول القانوني الصحيح في حالة وجود أمراض سارية كحالة فيروس كورونا؟

وقد اعتمد البحث موضوع الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي للنصوص الخاصة المتعلقة بالأمراض السارية، وما يرتبط بها من دخول المسكن من قبل ممثلي السلطة للقيام بأعمالهم المخولين بها وكيفية تطبيقها، فضلاً عن عرض النصوص الجزائية الأخرى الخاصة والمتعلقة بها، مع توضيح علاقتها بالنصوص والقواعد العامة في قانون الجزاء الكويتي، فضلاً عن بيان آراء الفقه الجنائي والأحكام القضائية في عدة مسائل.

خطة البحث:

وتأسيساً على ما سبق ولأجل إيجاد الحلول للإشكاليات المطروحة، سنعالج موضوع البحث من خلال الخطة التالية:

المبحث الأول: دخول ممثل السلطة العامة مساكن الأفراد في أزمة كورونا بين الإباحة والتجريم. (ويشتمل هذا المبحث على مطلبين):

المطلب الأول: تجريم دخول ممثلي السلطة العامة المساكن كأصل عام.

المطلب الثاني: إباحة دخول المساكن من قبل ممثلي السلطة العامة في ظروف جائحة كورونا

المبحث الثاني: المسؤولية الجزائية المترتبة على دخول ممثلي السلطة العامة المساكن في ظل جائحة فيروس كورونا؛ (ويشتمل هذا المبحث على مطلبين):

المطلب الأول: المسؤولية الجزائية لشاغلي المساكن لمخالفتهم لأحكام القانون الجزائي ونصوصه.

المطلب الثاني: المسؤولية الجزائية للموظفين العموميين لمخالفتهم لأحكام القانون الجزائي ونصوصه.

وخاتمة تشتمل على أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول
دخول ممثلي السلطة العامة مساكن الأفراد في أزمة كورونا بين الإباحة والتجريم

نقف اليوم أمام نوعين من النصوص التي أوردها المشرع الجزائي الكويتي: الأول جرّم دخول المسكن من قبل ممثلي السلطة العامة لما للمساكن من حرمة، وبالإضافة إلى أن ذلك يعد انتهاكاً واستغلالاً للوظيفة العامة؛ في حين أن النوع الثاني من النصوص أباح ذات الفعل وهو دخول المساكن من قبل ممثلي السلطة العامة لمنع انتشار الوباء والمرض الساري الذي نعاني منه اليوم وهو جائحة فيروس كورونا المستجد (كوفيد-١٩) معطياً لوزارة الصحة ممثلة في وزيرها صلاحيات واسعه في اتخاذ أية تدابير أو احتياطات يراها ضرورية لمكافحة هذا الوباء، وقد خصصنا المطلب الأول لدخول ممثلي السلطة العامة لمسكن الفرد باعتباره فعلاً مجرماً كأصل عام، مخصصين المطلب الثاني لدخول مسكن الفرد من قبل ممثلي السلطة العامة باعتباره مباحاً في ظروف جائحة كورونا.

المطلب الأول
تجريم دخول ممثلي السلطة العامة المساكن كأصل عام

تمهيد وتقسيم:

إن الحق في حرمة المسكن يعد أحد أعمدة الحق في حرمة الحياة الخاصة، فدخول موظف السلطة العامة لمسكن الفرد يعد فعلاً مجرّماً وفقاً للقانون الجزائي الكويتي، وسوف نوضح في هذا المطلب عناصر قيام تلك الجريمة بتناول الشروط الواجب توافرها لقيامها، والمتمثلة في المسكن محل الجريمة وشرطها المفترض في الفرع الأول، ثم صفة الجاني المنتهك لهذا المسكن في الفرع الثاني، وبعد ذلك بيان أركان جريمة الدخول أو الانتهاك لمسكن الفرد من قبل ممثلي السلطة العامة بشيء من التحليل بدءاً من الركن المادي في الفرع الثالث، وأخيراً الركن المعنوي في الفرع الرابع.

الفرع الأول
ماهية المسكن محل الحماية القانوينة

يعرض هذا الفرع لماهية المسكن الذي يتم دخوله من قبل ممثلي السلطة العامة وهو محل الجريمة والحماية التي أسبغها المشرع عليه، وعليه سنتناول تلك الحماية المسبوغة على الحق في حرمة المسكن بشكل عام أولاً، يليه مدلول المسكن المنتهك ثانياً.

أولاً – حماية الحق في حرمة المسكن:

إن مسكن الإنسان هو المكان الذي ينسحب إليه من الحياة الاجتماعية لينشد الهدوء والسكينة(٢)، فهو مستودع أسراره وملاذه الذي يأوي إليه في نهاية يومه ليجد فيه راحته النفسية والجسدية لينفرد فيه بذاته أو برفقة أسرته، فلا يجوز لأي أحد، خاصة ممثلي السلطة العامة، انتهاك حقه هذا دون إذن منه، واختراق خصوصيته وحقه في الحياة الخاصة.

وقد حرصت معظم الدساتير والتشريعات الجنائية على حماية هذا المسكن من الانتهاك ومنع المساس به، جاعلين له حرمة، ومنهم الدستور الكويتي الذي أقرّ في المادة ٣٨ منه على أنه: "للمساكن حرمة، فلا يجوز دخولها بغير إذن أهلها، إلا في الأحوال التي يعينها القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه"، ليدعم الإحساس بالأمن الفردي في الحياة المجتمعية العامة، والأمن في المسكن في الحياة الخاصة.

وتدخل كذلك المشرع الجزائي الكويتي من جانبه بالتجريم لحماية هذا الحق من عبث من يستغل سلطات وظيفته العامة، حيث خصص المادة ٥٥ من قانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠، قيد الدراسة، للدخول غير المشروع من قبل ممثل السلطة العامة اعتماداً على وظيفته ودون سند أو تصريح من القانون بذلك، وجعل تلك الجريمة على رأس الجرائم التي ترتكب باستغلال السلطة الوظيفية العامة، إن المصلحة المحمية في جريمة انتهاك حرمة المسكن من قبل ممثل السلطة هي احترام حق الإنسان في خصوصيته، وهي واحدة من أهم مقومات الحرية الفردية(٣)، فقد عرّف الفقه الجنائي هذه الحرية الفردية أو الشخصية بأنها ليست إلا مجموعة من الحقوق الفردية، تكوّن مجتمعة كنه الحرية الشخصية وجوهرها، وهذه الحقوق أربعة، وأهمها الحق في حماية حرمة المسكن(٤).

ثانياً – مدلول المسكن المنتهك:

إن محل الانتهاك وفقاً للمادة ٥٥ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ هو المسكن الذي يقطنه أحد الأفراد، أي ما يسكن فيه الإنسان ويطمئن في كونه مستودعاً لسره

---

(٢) ممدوح خليل العاني، حماية الحياة الخاصة، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، ١٩٨٣، ص٢٣٣.

(٣) د. أحمد فتحي سرور، أصول قانون العقوبات- القسم العام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢، ص ٤٦٥.

(٤) د. محمد زكي أبو عامر، المرجع السابق، ص ٥٨٦.

فلا يجوز دخوله إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون أو برضاء صاحبه(٥)، وقد بيّنت المادة ٧٨ من قانون الإجراءات الجزائية حدود المساكن التي تتمتع بتلك الحرمة، فجعلتها تشمل: "كل مكان مسور أو محاط بأي حاجز، مستعملاً أو معداً للاستعمال كمأوى"، فتسبغ تلك الحرمة على كل مكان مسور بسياج أياً كان نوع هذا السياج سواء أكان من بناء أم محاطاً بحواجز من خشب أو صفيح أو غيرها من جهاته الأربع، أياً كانت المادة المصنوع منها سور المسكن، وسواء أكان المكان المعد للسكنى دائماً كالبيوت أم مؤقتاً كالغرف المستأجرة في الفندق، ثابتاً أم متحركاً، فقد يكون خيمة أو عشة أو سيارة للمبيت، وسواء أكان مسكوناً أم معداً للسكنى، ولم يسكن بعد، أو معداً لأن يسكن في فترات محددة كالشاليه في الصيف مثلاً، أو كان المكان لممارسة عمل أو مهنة كمكاتب المحاماة أو العيادات الطبية(٦)، كما يستوي بعد ذلك قيمة المسكن أو شكله دون أي تقدير للمواد المصنوع منها، فالحماية القانونية المقررة جنائياً ودستورياً لحرمة المسكن تشمله لتحقيق الخصوصية لساكنه وحماية مكانه من الاعتداء.

كما عرّفه جانب من الفقه بأنه: "كل مكان خصصه حائزه لإقامته وسائر مظاهر حرمة حياته الخاصة، ويشمل ملحقاته التابعة له وهي جزء منه، منها الحديقة وما بها من مبان، وتتمتع هذه الأخيرة بالحماية ذاتها المقررة للمسكن المستخدم فعلاً للإقامة"(٧). وبذلك ينصرف معنى المسكن هنا إلى المنزل نفسه وكل ملحقاته وحديقته وفنائه، وهذا ما تضمنه أيضاً حكم محكمة التمييز بأن علة العقاب في جريمة دخول المسكن هي حماية حرمة المساكن وصيانتها، ودخول الحديقة الداخلية للمسكن هو مثال على توافر هذه الجريمة(٨)، ولا يهم بعد ذلك صفة شاغل المكان القانونية سواء أكان مالكاً له أم مستأجراً له أم منتفعاً بالمكان، وجميع أفراد أسرته وكذلك ضيوفه أياً كانت جنسياتهم.

---

(٥) انظر: د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص٣٧١.

(٦) انظر: د. فاضل نصر الله ود. أحمد السماك، شرح قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي، الطبعة الثانية، ٢٠١٠-٢٠١١، ص ١٣٨.

(٧) انظر: د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات- القسم الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٧٢٩.

(٨) انظر: حكم محكمة التمييز الكويتية، الدائرة الجزائية، جلسة ٢٠ ديسمبر ١٩٨٢، طعن رقم ١٩٠/١٩٨٢.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هو، هل "الديوانية" تأخذ حكم المسكن، أي أن ما يجري من أحكام على هذا الأخير يجري عليها؟ وللإجابة عن هذا السؤال يجب علينا بداية تعريف هذا اللفظ المعروف والمستخدم في دولة الكويت، ويقصد بالديوانية "ساحة منفصلة عن المنزل أو تحديداً غرفة يتم تشييدها بجانب المنزل لاستقبال الضيوف"(٩)، بعبارة أخرى هي "مكان مخصص لاستقبال الضيوف وللالتقاء بالجيران والأصدقاء والأقارب، وذلك من أجل مناقشة الأحداث وتبادل الحديث في وقت الفراغ، وأحياناً لاتخاذ بعض القرارات المهمة التي تتعلق بالأشخاص أو العائلات"(١٠).

نعتقد بأن الديوانية تأخذ ذات حكم المسكن إذا كانت خاصة، وعليه فإن ما ينطبق على المسكن الخاص من أحكام ينطبق على الديوانية الخاصة.

الفرع الثاني
صفة الجاني المنتهك للمسكن اعتماداً على وظيفته

يتطلب المشرع الجزائي الكويتي لقيام جريمة انتهاك حرمة المسكن من قبل ممثلي السلطة العامة وفقاً للمادة ٥٥ من قانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠، أن يكون الجاني منتهك المسكن موظفاً عاماً بمفهومه الواسع(١١) بقولها: "كل موظف عام أو مستخدم وكل شخص مكلف بخدمة عامة...". فهذا المعنى الواسع للموظف العام على خلاف مفهومه وفقاً للقانون الإداري يجعله يشمل كل الموظفين من قضائيين وإداريين وغيرهم وحتى صغار المستخدمين والأشخاص المكلفين بخدمة عمومية(١٢).

وتُعَد صفة الجاني في هذه الجريمة وفقاً لهذا النص شرطاً مفترضاً يُشترط وجوده قبل ارتكاب الفعل المكون للجريمة، ويجب كذلك استمرار وجوده أثناء ارتكاب هذا الفعل، فالوجود القانوني للجريمة وعدمها متوقف على وجود هذا الشرط وتحققه، فهو سابق على النشاط الإجرامي ومعاصر له حتى وقوع الجريمة ناقصة أو تامة.

---

(٩) منى المتيم، ماذا يقصد بالديوانية في المجتمع الكويتي؟ (الإنترنت)، ٩ فبراير ٢٠١٧، شبكة المرسال، تاريخ الزيارة ٢ مايو ٢٠٢٠، متاح من خلال الرابط التالي:
https://www.almrsal.com/post/449578

(١٠) المرجع السابق.

(١١) انظر إلى: أولاً من الفرع الثاني من هذا المبحث والمتعلق بمفهوم الموظف العام.

(١٢) د. جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، مطبعة دار الكتاب، المصرية، ١٩٣٢، ص١.

فالشرط المفترض في هذه الجريمة متعلق بشخص الفاعل أي بصفة فيه، وهي صفة الموظف العام بمفهومه الواسع لصراحة هذا النص والذي يشمل الموظف العام بمعناه الضيق والمستخدم العام والمكلف بخدمة عامة، مع ملاحظة أن انعدام وجود تلك الصفة يعني انعدام قيام الجريمة وفقاً لذلك النص، مع الاحتفاظ بإمكانية خضوع الجاني لنص آخر لا يتطلب وجود هذا الشرط المفترض متى توافرت أركان النص الآخر في حق هذا الجاني.

ويرى جانب من الفقه عكس ما نراه في أن صفة الموظف العام هنا هي ركن من أركان الجريمة وليست شرطاً مفترضاً؛ معللاً رأيه بأن المشرع حينما يستلزم في النص التجريمي الأصلي وقوع الجريمة بركنها المادي من شخص معين له صفة خاصة ومعينة، إنما يراعي في ذلك اعتبارات تتعلق بذات الفعل الإجرامي، أي أنه يقدر خطورة ذلك الفعل، ويقرر له العقاب بالنظر إلى شخص مرتكبه(١٣).

الفرع الثاني

الركن المادي المتمثل بالدخول غير المشروع للمسكن

يجب أن يقوم ممثل السلطة العامة بسلوك إيجابي وهو دخول مسكن أحد الأفراد اعتماداً على وظيفته حتى يقوم الركن المادي المكوّن لهذه الجريمة، ويقصد بالدخول هنا: "الانتقال الفعلي من خارج المسكن إلى داخله باجتياز الحدود الفاصلة بين هاتين المنطقتين، أو هو الولوج إليه من أي طريق كان، ولا فرق بين أن يكون من الأبواب العادية أو من النوافذ، والشرط الوحيد أن يتم بدون رضاء من له الحق في المعارضة أو من غير علمه"(١٤)؛ ويجب أن يكون هذا الدخول بكامل جسم الموظف حتى نكون أمام دخول بمعناه الحقيقي، ومن جهة أخرى تطلّب المشرع أن يكون الدخول في هذه الجريمة اعتماداً على وظيفة ممثل السلطة العامة، أو بمعنى آخر أن يكون هذا الدخول قد تم من خلال إساءة استعمال السلطات المتعلقة بالوظيفة.

إن عدم رضاء صاحب الشأن أو الحق بجريمة انتهاك حرمة المسكن من قبل ممثلي السلطة العامة يمثل الدور الأساسي لقيام الركن المادي المكون لتلك الجريمة، وعليه فإنه وبرضائه لا تقع تلك الجريمة، أي ترفع الحماية القانونية التي قررها

---

(١٣) انظر: د. مأمون محمد سلامة، جرائم الموظفين ضد الإدارة العامة في ضوء المنهج القانوني، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة ٣٩، ١٩٦٩، ص١٥٧.

(١٤) فضيلة سلامي، حماية حرمة المسكن في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة بويرة، ٢٠١٣، ص٤٨.

المشرع على المسكن، فلا تقوم الجريمة، وهذا ما أكده المشرع بصريح نص المادة ٥٥ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠، فهناك من يرى أن الرضاء هنا سبب من أسباب انتفاء عدم المشروعية عن الفعل(١٥)، في حين أن البعض الآخر لا يراه سبباً للإباحة؛ لأن أسباب الإباحة ترفع الصفة الجرمية عن سلوك مجرم أساساً فتجعله مباحاً، وهنا عدم الرضاء هو جزء من الركن المادي، وعليه فإن عدم توافره ينتج عنه عدم قيام الجريمة(١٦)، إلا أننا نميل إلى الرأي الأول؛ لأن الرضاء يجعل من الدخول غير القانوني فعلاً مباحاً متى اقترن به، فقد عبّر المشرع الجزائي الكويتي عن عدم الرضاء الذي تقوم به الجريمة مستخدماً تعبير "بغير رضائه" أي بغير رضاء صاحب الشأن الذي له الحق بالسماح بدخول المسكن الذي يسكنه، ولا يغير من ذلك صفته القانونية على المسكن، فقد يكون مالكه، مستأجراً له أو منتفعاً به.

ويقصد بالرضاء الصحيح الذي يمنع وقوع الجريمة، هو الموافقة الحرة المستندة على فهم تام لأسبابها، أو بعبارة أخرى على معرفة تامة بعدم شرعيتها، وهو ما لا يتحقق إلا إذا كان صاحب الشأن عالماً بعدم شرعية الدخول وعالماً بحقه في معارضته ومنع حصوله(١٧)، ويتخذ الرضاء هنا شكل الموافقة، فإذا دخل ممثل السلطة منزل شخص دون أن يحصل مسبقاً على هذه الموافقة فإن الجريمة تقع إذا عارض صاحب الشأن هذا الدخول، في حين أنه إذا تم الرضاء بناء على غش أو تدليس أو إكراه من قبل ممثل السلطة، ودخل المسكن بناءً عليه فلا يعتد به؛ لأنه لم يتم بالرضاء المعتبر قانوناً، وبذلك تقوم الجريمة متى كان هذا الدخول غير ناتج عن رضاء صحيح وحر من صاحب الشأن شاغل المسكن.

ومن جهة أخرى، فوفقاً لنص المادة ٥٥ من قانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠، لا تقوم هذه الجريمة في حق ممثل السلطة الذي يدخل مسكن أحد الأفراد اعتماداً على وظيفته في غير الأحوال المبينة قانوناً إذا كان دخول المنزل برضاء صاحب الشأن، ثم امتنع أو رفض ممثل السلطة الخروج رغم طلب صاحب الشأن، ويرجع ذلك إلى صراحة النص بتجريم فعل الدخول

---

(١٥) انظر: د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم العام، الطبعة التاسعة، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٧٤، ص١٩١.

(١٦) انظر: إيهاب عبد المطلب، الموسوعة الحديثة في شرح قانون الجزاء الكويتي - المجلد الأول، المنهل، ٢٠١٥، ص٣١٨.

(١٧) د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات- القسم الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص٦٢٨.

دون البقاء؛ حيث إن تفسير نصوص التجريم لا يتوسع فيها ما لم تأتِ بشكل صريح وفقاً لمبدأ الشرعية الجنائية.

اختتم المشرع الجزائي الكويتي في نصه التجريمي، وفقاً للمادة ٥٥ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠، بعد أن تناول عدم الرضاء من قبل صاحب الشأن بشرط أخير وهو أن يكون هذا الدخول، بالإضافة للشروط السالف ذكرها، قد تم "في غير الأحوال المبينة في القانون، أو دون مراعاة القواعد والإجراءات المبينة فيه". والمقصود بذلك أن يكون دخول ممثل السلطة إما غير قانوني ابتداءً، أو أنه قد تم دون مراعاة للقواعد القانونية، ففي هاتين الحالتين كان الدخول غير مشروع لما فيه من انتهاك لحرمة المسكن وإساءة استعمال واستغلال لسلطة الوظيفية العامة، ففي الحالة الأولى يدخل ممثل السلطة دون أن يسمح له القانون بذلك، أي لا يوجد نص قانوني يجعل من فعله فعلاً مباحاً لدخوله في أعمال وظيفته، أما في الحالة الثانية يكون سلوكه بدخول المسكن صحيحاً من الناحية القانونية، أي أن القانون سمح به، ولكن بشروط وأحوال معينة ومحددة، إلا أنه تجاوزها، بمعنى أن يكون قد سمح له بدخول مكان معين ولكنه دخل مكاناً آخر أو لم يراعيها أساساً عند دخوله أو تجاوزها.

وتأسيساً على ما سبق يمكننا أن نتصور دخول ممثل السلطة لمسكن أحد الأفراد بفرضيتين: إما أن يكون هذا الدخول مشروعاً لوجود نص قانوني يسمح له بذلك، ويكون فعله هنا مباحاً حتى لو لم يرضَ به شاغل المسكن، أما في الفرضية الثانية فيتم دخول ممثل السلطة لمسكن أحد الأفراد دون سند قانوني يبيح له ذلك، وعليه سنكون أمام فرضيتين من حيث رضاء شاغل المسكن، فإن تم الدخول بناءً على رضاء هذا الأخير فإن الدخول يصبح قانونياً وصحيحاً، أما إذا تم هذا الدخول بغير رضاء شاغل المسكن فإن الجريمة محل الدراسة في هذا المطلب تقوم، وخلاصة ما تم استعراضه أن الدخول يصبح غير مجرم إذا تم برضاء أصحاب الشأن، أو كان في الأحوال التي نص عليها القانون وصرح بها.

الفرع الرابع
الركن المعنوي

إن جريمة انتهاك حرمة مسكن أو دخول مسكن بغير إذن صاحبه من قبل ممثلي السلطة العامة هي من الجرائم العمدية التي يشترط لتحققها توافر الركن المعنوي المتمثل بالقصد الجنائي إلى جانب الركن المادي السالف ذكره، ويتطلب المشرع الجزائي توافر القصد الجنائي العام لقيام الجريمة والذي يتمثل في العلم والإرادة؛

فيقصد بالعلم هنا، علم الموظف العام أو ممثل السلطة العامة بأنه يدخل مسكناً خاصاً بأحد الأفراد، وأن هذا الأخير لم يسمح له بالدخول، وبأنه دخل بغير رضاء صاحبه، كما يجب عليه أن يكون عالماً بأن ما قام به من دخول قد تم بغير الأحوال المصرح والمسموح بها قانوناً، أي أن فعله يعبّر عن إساءة استعماله لسلطته الوظيفية.

أما بالنسبة للإرادة، فيجب أن تكون إرادته حرة واعية وسليمة وخالية من العيوب للاعتداد بها، ويجب أن تنصرف وتتجه إلى دخول هذا المسكن رغم عدم مشروعية هذا الدخول وعدم رضاء صاحب الشأن، معتمداً على وظيفته في غير الأحوال المبينة في القانون، أو دون مراعاة القواعد والإجراءات المبينة فيه.

وتظل الجريمة قائمة حتى لو ظن ممثل السلطة أن القانون يبيح له هذا الدخول، فلا يجوز له "الاعتذار بالجهل بالقانون" أي لا يمكنه التحجج بجهله وعدم علمه بوجود نص تشريعي يجرم فعله، ولا يهم كذلك الباعث الدافع لدخوله غير القانوني لهذا المسكن، ولكن إذا دفع ممثل السلطة بعدم علمه بتوافر صفة الموظف العام في حقه فإن البنيان التجريمي للمادة ٥٥ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ لن يطبق عليه لعدم علمه بشرط جوهري في الجريمة، وهو الشرط المفترض لقيامها المتمثل بصفة الموظف العام بمفهومه الموضح بتلك المادة، ولكن تطبيق هذه المادة عليه لا يعني أن فعله لا يقع تحت طائلة العقاب وفقاً لنص آخر يجرم الفعل ذاته لو قام به الفرد العادي.

يتضح مما سبق، أن المشرع الجزائي حمى حق الفرد في حرمة المسكن، وكذلك الوظيفة العامة من الاستغلال، بتجريمه دخول المسكن غير القانوني من قبل ممثل السلطة في قانون الجزاء، تجدر الإشارة إلى أن المشرع في المقابل سمح وأباح دخول ممثلي السلطة المخولين - تحت شروط معينة وفي أحوال معينة - مسكن الفرد شاغل المسكن حالة تفشي مرض وبائي كعدوى فيروس كورونا المستجد (كوفيد-١٩) والذي سنتناوله بالتفصيل في المطلب التالي.

المطلب الثاني
إباحة دخول المساكن من قبل ممثلي السلطة العامة في ظروف جائحة كورونا

تمهيد وتقسيم:

يتطرق هذا المطلب لمسألة إباحة دخول مسكن الفرد من قبل ممثلي السلطة العامة في ظل تفشي فيروس كورونا المستجد (كوفيد-١٩) والنصوص الخاصة بالأمراض السارية، وهو القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ المتعلق بالاحتياطات الصحية

للوقاية من الأمراض السارية، بالإضافة إلى السند القانوني لإباحة هذا الدخول باعتبار أن الموظف هنا يستعمل وظيفته التي حددها له القانون، ويعد ذلك سبباً من أسباب الإباحة الخاضعة للقواعد العامة في قانون الجزاء الكويتي، وسنعرض في الفرع الأول منه أحكام هذا القانون الخاص كأساس لصحة هذا الدخول هنا، ومن ثم سنعرض استعمال الموظف العام سلطته وفقاً للقانون أو تنفيذاً لأمر تجب طاعته كسبب للإباحة في الفرع الثاني.

الفرع الأول
أحكام القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ المتعلق بالاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية كأساس لصحة هذا الدخول

تناول قانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية كل ما يتعلق بصحة دخول المسكن من قبل ممثلي السلطة العامة لمنع انتشار الأوبئة وتحديداً فيروس كورونا المستجد (كوفيد-١٩)، وكذلك كل الأحكام والإجراءات والشروط اللازمة لجعله فعلاً مباحاً من خلال المادتين ١٣ و ١٥ منه، وعليه سنتطرق في هذا الفرع أولاً إلى الشروط الإجرائية الواجب اتخاذها لصحة دخول المسكن وفقاً لقانون الأمراض السارية، ويليه ثانياً الإجراءات التي يمكن اتخاذها والأعمال الضرورية التي يجب على الموظفين المخولين القيام بها عند دخول المساكن.

أولاً - الشروط الإجرائية الواجب اتخاذها لصحة دخول المسكن وفقاً لقانون الأمراض السارية:

في ظل حالة الذعر التي تعيشها البشرية نتيجة انتشار فيروس كورونا المستجد (كوفيد-١٩) القادم من الصين والذي أودى بحياة الملايين من الناس، وأحدث أزمة عالمية شهدتها مختلف دول العالم ومنها دولة الكويت التي كانت من الدول السباقة في اتخاذ أهم الإجراءات الاحترازية والاستباقية الصارمة لمواجهة هذا الفيروس الخطير وقبل تفشيه حفاظاً على صحة المجتمع، وحرصاً منها على بقاء المنظومة الصحية وجعل كافة الأمور تحت السيطرة.

وعلى الصعيد العالمي فبعد التزايد الملحوظ في أعداد الوفيات والمصابين جراء فيروس كورونا المستجد (كوفيد-١٩) في مختلف أنحاء العالم، أعلنت منظمة الصحة العالمية أن فيروس كورونا يعتبر وباءً عالمياً وتم تصنيفه على أنه جائحة، وتلته مباشرة ردة فعل مباشرة على الصعيد الوطني، بالقرار الوزاري رقم ٤٩ لسنة ٢٠٢٠ الصادر من وزير الصحة الكويتي د. باسل الصباح استجابة للإعلان الصادر من

منظمة الصحة العالمية، بإضافة الإصابة بفيروس كورونا المستجد إلى الجدول الملحق بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩، مع اعتبار الإصابة به من الأمراض السارية والوبائية المعدية، وتعتبر هذه الخطوة أهم وأول شرط إجرائي يجب أن تُتَخذ من قبل المسؤول المعني بها وهو وزير الصحة، لإمكانية الانتقال للمرحلة التي تليها وهي الخضوع لأحكام القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ المتعلق بالاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية بما فيه من قواعد استثنائية وخاصة تلائم مواجهة الوباء.

وقد حددت نصوص مواد هذا القانون الأمراض السارية المعنية بتلك النصوص من خلال جدول ملحق به، وما يجب اتخاذه من تدابير حال وجود إصابات بالمرض أو الاشتباه بالإصابة به، مع إعطاء سلطة واسعة لوزير الصحة للقيام بمهام استثنائية وغير عادية لمجابهة تلك الأمراض، ومن بين هذه النصوص نجد نص المادة ١٣ من ذات القانون، وكذلك الفقرة الثالثة من المادة ١٥ منه، والتي تلامس موضوعنا محل الدراسة، الذي يمنح وزارة الصحة ممثلة في وزيرها الصلاحية في تخويل من يراه من موظفي هذه الوزارة الحق في دخول المساكن للقيام بأعمال معينة حددتها تلك المادة، وهذا هو الشرط الإجرائي الثاني.

جاء نص المادة ١٣ من قانون الأمراض السارية صريحاً في تحديد الأشخاص المخاطبين بأحكام تلك المادة والذين يمكن لوزير الصحة تخويلهم الحق في دخول المساكن وهم "موظفو وزارة الصحة العامة "، ويقصد هنا بموظفي الصحة العامة بالمفهوم العام الواسع كل من يعملون في وزارة الصحة من موظفين، ويشمل ذلك الأطباء، والصيادلة، والهيئة التمريضية، وفنيي المختبرات، والمفتشين الصحيين، والمهندسين ومساعدي المهندسين، والمسعفين، والإداريين التابعين لتلك الوزارة الذين يصدر بهم قرار صحيح وصريح من وزير الصحة بتخويلهم دخول المساكن للقيام بالواجبات والالتزامات المحددة في هذا القانون أثناء وجود هذه الجائحة وفقاً لنص المادة ١٣ من القانون.

في حين جاء نص المادة ١٥ من القانون ذاته وتحديداً الفقرة الثالثة منه أكثر تحديداً ودقة بمفهوم موظفي وزارة الصحة العامة بقولها: "٣- تخويل أطباء الصحة العامة والمعاونين الصحيين وأفراد الهيئة التمريضية وغيرهم ممن يعينهم وزير الصحة العامة دخول المساكن في أي وقت"، فنلاحظ أنها حددت كل هؤلاء بمن فيهم المعينون من قبله.

من جهة أخرى، نلاحظ استخدام المشرع في المادة ١٣ من قانون الأمراض السارية لفظ التخويل هنا وليس التفويض بقوله: "لموظفي وزارة الصحة العامة

المخولين من قبلها.."، مستخدماً اللفظ ذاته في الفقرة الثالثة من المادة ١٥ من قانون الأمراض السارية " ٣- تخويل أطباء الصحة العامة"، مما يستخلص منه أن موظفي وزارة الصحة العامة أو الأشخاص المذكورين في الفقرة الثالثة من المادة ١٥ هنا مخولون وليسوا مفوضين، فهذان اللفظان مختلفان تماماً من حيث المعنى الإداري لهما، لذلك اختار المشرع اللفظ المعني بدقة، فيقصد بالتخويل هنا: "إعطاء جزء من الصلاحيات والمهام والواجبات من سلطة عليا إلى سلطة دنيا، على أن يتم ذلك وفق وثائق رسمية"[١٨]، في حين أن التفويض يعني: "إعطاء كافة الصلاحيات والمهام والواجبات من قبل سلطة عليا إلى سلطة دنيا، على أن يتم ذلك وفق وثائق رسمية"[١٩].

فيقوم الوزير هنا بإعطاء موظفي الوزارة بعض الصلاحيات والمهام والتي على رأسها حق دخول المساكن للقيام بما تستوجبه المادة ١٣، والفقرة الثالثة من المادة ١٥ من قانون الأمراض السارية السابق ذكره، وذلك بإصداره قراراً بتخويل هؤلاء الأشخاص السابق ذكرهم، وهذا هو الشرط الإجرائي الثالث لصحة هذا الدخول.

أجازت المادة ١٣ دخول المساكن "إذا دعت الضرورة" فلا يكون دخول المسكن جائزاً إلا إذا استدعت الضرورة ذلك للبحث عن المرضى تمهيداً لعزلهم وتطهير مكانهم وتعقيمه والكشف عن مخالطيهم، على خلاف الفقرة الثالثة من المادة ١٥ من ذات القانون التي أجازت أن يكون "... دخول المساكن في أي وقت.." ودون الالتزام بالأوقات والساعات التي حددها القانون الجزائي الإجرائي في هذا الخصوص، خارجاً عن الأصل العام للتعامل مع هذا الظرف الوبائي الاستثنائي بشكل عاجل عند ظهوره لمنع انتشاره.

فيما يتعلق بالمسكن الذي يجوز لهؤلاء دخوله قانوناً للقيام بالمهام المخولين بها، فإنه لا يختلف عن مفهومه الذي سبق لنا تناوله بالتفصيل في حالة دخول الموظف العام مسكن أحد الأفراد بشكل غير قانوني[٢٠].

---

(١٨) أ. علي إسماعيل الجاف، الإدارة ليست علماً وإنما فناً... البديل ليس كالأصيل (الإنترنت)، ٢ نوفمبر ٢٠١٢، شبكة تللسقف، تاريخ الزيارة ٢٨ إبريل ٢٠٢٠، متاح من خلال الرابط التالي: http://www.tellskuf.com/index.php?option=com_content&view=article&id=24024:aa&catid=436:al&Itemid=45

(١٩) المرجع السابق.

(٢٠) لمعرفة مدلول المسكن في قانون الجزاء والإجراءات الجزائية، انظر: الفرع الأول من المطلب الأول من هذا المبحث.

ولكن هل "الديوانية" مشمولة بالدخول المسموح به هنا للقيام بالمهام التي خولها الوزير لهم؟

نميل إلى الاعتقاد بمشروعية الدخول للديوانية في هذه الحالة للقيام بالأعمال المخولين القيام بها، سواء أكانت الديوانية عامة أم خاصة، ويرجع ذلك إلى أن الديوانية إذا كانت خاصة فإنها تأخذ حكم المسكن، وما دامت الإجازة بالدخول مسموحة للمسكن الخاص فهي كذلك للديوانية الخاصة، وعليه فمن باب أولى جعل الدخول للمساكن من قبل موظفي وزارة الصحة المخولين من قبلها يشمل الديوانية العامة التي تكون مفتوحة لعامة الناس ويستطيعون دخولها مسموحة.

إن الشرط الإجرائي الرابع الذي نص عليه المشرع صراحة في المادة ١٣ من قانون الأمراض السارية ويجب اتخاذه قبل الدخول إلى المساكن المعنية لاعتبار هذا الدخول صحيحاً ومشروعاً من الناحية القانونية هو قيام المخولين من قبل الوزير بالتالي: "إخطار أصحابها أو من ينوب عنهم، وبعد إبراز ما يثبت شخصيتهم".

يقصد بالإخطار هنا إعلان أصحاب المسكن أو إشعارهم أو إعلامهم أو تبليغهم بما سيقومون به من أعمال وما سيتخذونه من إجراءات بشكل واضح وصريح لا لبس فيه، وفي حال غياب صاحب المسكن أو أصحابه، وجب إخطار من ينوب عنه دون الحاجة إلى إخطار المختار في هذه الحالة تسهيلاً عليهم للقيام بعملهم.

ويرجع الهدف من إلزام المخولين من قبل وزير الصحة بالمبادرة بتقديم أو إبراز ما يثبت شخصياتهم وصفاتهم في مباشرة الأعمال المخولين القيام بها أو الإجراءات التي يمكنهم اتخاذها إلى توفير الحماية لشاغل المسكن من ادعاءات قد تكون كاذبة أو من انتحال شخصيات موظفي وزارة الصحة والادعاء بأنهم مخولون من قبلها ومن ثَمَّ ينتهكون حرمة المساكن وخصوصيات الغير وحياتهم الخاصة، وخيراً فعل المشرع بجعل هذا الإجراء واجباً اتخاذه ممن يخولهم وزير الصحة حتى لو لم يطلب شاغل المسكن التثبت منهم أو من صفاتهم.

نلاحظ هنا أن هذا الشرط الإجرائي الرابع المتعلق بإلزامية إخطار شاغل المسكن أو من يحل محله، وكذلك إبراز الإثباتات الشخصية لهم لم يستوجبه المشرع في الفقرة الثالثة من المادة ١٥ من قانون الأمراض السارية، وعليه لو كان التخويل من قبل الوزارة وفقاً للمادة ١٣ فيجب عليهم التقيد بالشرط الإجرائي الرابع لضمان صحته، على عكس التخويل المنصوص عليه كسلطة استثنائية يمنحها الوزير للمخولين للقيام بواجبات معينة في أي وقت في فترة انتشار الوباء والفيروسات المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من المادة ١٥ من القانون ذاته والذي لا يشترط

معه إخطار أصحاب المكان، ولا إبراز ما يثبت شخصيتهم لصحة القيام بالأعمال المخولين بها.

ثانياً – الإجراءات التي يمكن اتخاذها والأعمال الضرورية التي يجب على الموظفين المخولين القيام بها عند دخول المساكن:

بعد اتباع الشروط الإجرائية السالف ذكرها بشكل كامل وصحيح كما حددها القانون لدخول المساكن، استطردت المادة ١٣ من قانون الأمراض السارية(٢١) وتلتها الفقرة الثالثة من المادة ١٥ من ذات القانون(٢٢) بالنص على مشروعية دخول المساكن من قبل موظفي وزارة الصحة العامة المخولين من قبلها بشرط أن يكون هذا الدخول للقيام بأعمال معينة ومحددة بشكل صريح.

وأحد أهم الأهداف من الدخول هو البحث عن المرضى المصابين بالأمراض السارية والمعدية بشكل عام، والمقصود بالمرض الساري والمعدي في دراستنا هو فيروس كورونا المستجد (كوفيد-١٩)، فبالتالي دخول المساكن قد يكون سببه البحث عن هذا المريض المصاب بفيروس كورونا المستجد أو عزله عن غيره من غير المصابين، أو عزل من تم الاشتباه بإصابته من قاطني هذا المسكن عن غيره ممن لم يتم الاشتباه به.

وقد يكون الهدف الكشف على المخالطين لهؤلاء السالف ذكرهم، ويرجع الهدف من وراء كشف هؤلاء إلى سرعة انتشار هذا الفيروس عن طريق التنفس والسعال والعطاس عن طريق الرذاذ المتطاير في الهواء، ويقصد بالكشف هنا وفقاً لدراستنا الكشف الخاص بمرض الإصابة بفيروس كورونا المستجد، وهو الفحص التشخيصي عن طريق مسحة من الأنف تؤخذ من الشخص المخالط أو المصاب أو المشتبه به، وقد يقتصر الكشف على قياس درجة الحرارة بجهاز قياس الحرارة؛ لأن من أشهر علامات هذه العدوى هو ارتفاع درجة حرارة جسم الإنسان بشكل ملحوظ وعالٍ، أو عن طريق قياس ضغط ذلك الشخص، بينما يقصد بالمخالطين هنا الأشخاص الذين خالطوا المرضى أو المشتبه بهم سواء لوجودهم في المكان نفسه أو تناولهم وجباتهم على المائدة نفسها وعدم التزامهم

---

(٢١) "لموظفي وزارة الصحة العامة المخولين من قبلها الحق في دخول المساكن - بعد إخطار أصحابها أو من ينوب عنهم، وبعد إبراز ما يثبت شخصيتهم - إذا دعت الضرورة للبحث عن المرضى بالأمراض السارية أو إجراء التطهير أو التطعيم اللازم أو الكشف على المخالطين، أو مكافحة الحشرات والقوارض..".

(٢٢) "..٣- تخويل أطباء الصحة العامة والمعاونين الصحيين وأفراد الهيئة التمريضية وغيرهم ممن يعينهم وزير الصحة العامة دخول المساكن في أي وقت للبحث عن المرضى وعزلهم وإجراء التطعيم والتطهير، وغير ذلك من الإجراءات الصحية الوقائية اللازمة".

بالتباعد الاجتماعي الموصى به من قبل منظمة الصحة العالمية ووزارة الصحة الكويتية بقيامهم بالزيارات الاجتماعية والتجمعات اليومية، وقد يكونون مستخدمين للأدوات الشخصية لأحد المخالطين أو المصابين به دون تعقيمها أو تنظيفها.

وقد يكون الهدف من دخولهم المنزل القيام بعملية التطهير والتعقيم للمسكن بأكمله أو جزء محدد منه، وقد تنصب عملية التطهير هذه على المفروشات والملابس والمخازن والسراديب والدواوين وغير ذلك، وأخيراً يمكنهم دخول المسكن بغرض القيام ببعض الإجراءات الصحية الوقائية اللازمة والتي قد لا تكون مذكورة سلفاً بهذا القانون المعني بالأمراض السارية المعدية؛ لأنها تختلف من مرض إلى آخر، وهذا ما صرحت به الفقرة الثالثة من المادة ١٥ من قانون الأمراض السارية بقولها: "وغير ذلك من الإجراءات الصحية الوقائية اللازمة" جاعلةً النص أكثر مرونة ليشمل كل ما يستجد من إجراءات صحية وقائية.

قد ينجم عن هذا الدخول ضرورة أخذ المصابين إلى المستشفى لعلاجهم، وقد يرفض بعضهم، وقد يرفض كذلك أحد المخالطين القيام بالكشف عليه عن طريق مسحة الأنف دون أي عذر، وقد تصوّر المشرع الجزائي إمكانية عدم التزام شاغلي المساكن بالإجراءات التي يطلبها منهم الأطباء والمعاونون الصحيون والممرضون المخولون من قبل وزارة الصحة، فسمح بالاستعانة بأفراد الشرطة في هذه الحالة، فنصت المادة ١٣ من قانون الأمراض السارية على أنه: "وللموظفين المذكورين في سبيل أداء وظيفتهم الاستعانة بأفراد قوة الشرطة"، وكذلك في بداية المادة ١٥ قائلة: "عند ظهور وباء الجدري أو الكوليرا أو الطاعون أو أي مرض وبائي آخر، يخول وزير الصحة العامة سلطات استثنائية لحماية البلاد من تفشي الوباء، وذلك بالاتفاق مع الوزراء المختصين، وبالاستعانة بأفراد الشرطة العامة والقوات المسلحة لتنفيذ قراراته".

وأخيراً، إذا تجاوز هؤلاء الأشخاص المخولون من قبل وزارة الصحة السالف ذكرهم وأفراد قوة الشرطة حدودهم، ستقوم مسؤوليتهم الجزائية، وسيسألون قانونياً في هذه الحالة بحسب ما قاموا به من تجاوز.

ثالثاً – الطبيعة القانونية لدخول ممثلي السلطة العامة المساكن في ظل جائحة كورونا:

تفاوتت الآراء حول الطبيعة القانونية لدخول ممثلي السلطة المساكن وفقاً لقانون الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية ما إذا كان من قبيل استعمال الموظف العام لسلطته كسبب من أسباب الإباحة، أم من قبيل حالة الضرورة كمانع من موانع المسؤولية.

بدايةً من المهم بمكان الإشارة إلى أن سبب الإباحة يرفع الصفة الجرمية عن الفعل المجرم فيصبح هذا الفعل مباحاً وتنتفي مسؤولية الشخص الجنائية والمدنية، أمّا مانع المسؤولية فيقتصر على انتفاء مسؤولية الشخص الجزائية فقط ويظل الفعل مجرّماً، ومن جهة أخرى يقصد بحالة الضرورة كأحد موانع المسؤولية الجزائية مجموعة من الظروف تحدث للشخص تهدده بالوقوع في خطر جسيم وحال لا يمكن دفعها إلا بارتكاب جريمة، بشرط أن تكون هذه الجريمة هي الوسيلة الوحيدة لتوقي ذلك الخطر، فهي حالة يحدث فيها صراع بين مصلحتين إحداهما أولى بالرعاية من الأخرى؛ مما جعل المشرع يسمح بالتضحية بإحدى هاتين المصلحتين للمصلحة الأخرى.

إن دخول مسكن أحد الأفراد من قبل ممثلي السلطة يعد سلوكاً مجرماً في الأحوال العادية ما لم يكن على أساس وسند قانوني؛ لذلك نرى أن السماح بدخول ممثلي السلطة في حالة وجود وباء أو مرض سارٍ كحالتنا اليوم مع جائحة فيروس كورونا المستجد (كوفيد-١٩) هو سبب للإباحة متمثل في صورة استعمال السلطة الوظيفية والتي مصدرها القانون أو مستمدة من السلطة الواجب عليه طاعتها بناءً على نص قانوني وليس حالة ضرورة كمانع للمسؤولية، ويرجع ذلك إلى أن القانون أباح لهذا الموظف أن يقوم بهذا العمل دون أن يجعل فعله مجرماً، بالإضافة إلى أننا وفقاً لقانون الأمراض السارية لسنا أمام حالة ضرورة بمعناها الحقيقي؛ إذ إن الخطر هنا يمكن إزالته بطرق أخرى غير دخول المسكن لو جزمنا أننا في حالة ضرورة، كما أن عدم دخول المسكن هنا لن يترتب عليه خطر أو حالة لا يمكن الانتظار معها، أضف إلى ذلك أن الدخول لمسكن الفرد ليس الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الضرر، بل يمكن للمستشفى أن تطلب منه الحضور شخصياً للكشف أو إرسال إسعاف لنقله للمشفى للقيام باللازم، كما يجب ملاحظة أن الفقرة الثالثة من المادة ١٥ من قانون الأمراض السارية سمحت بدخول المخولين من قبل وزير الصحة "في أي وقت" أي أن حالة الضرورة تنتفي هنا بحقهم لو قلنا بإمكانية اتخاذ حالة الضرورة كأساس قانوني.

وعليه نرى أن أساس دخول المسكن في هذه الحالة إنما هو شكل من أشكال الاستعمال للسلطة كسبب للإباحة، باعتبار أن الدخول هنا بيد القانون، فهو من جرّمه في الأحوال العادية، وأباحه ورفع عنه تلك الصفة الجرمية في الأحوال الاستثنائية التي تمر بها البلاد.

الفرع الثاني

استعمال الموظف العام سلطته وفقاً للقانون أو تنفيذاً لأمر تجب طاعته كسبب للإباحة

نصت المادة ٢٧ من قانون الجزاء على أسباب الإباحة بشكل عام، وكان السبب الثالث هو استعمال الموظف العام سلطته أو تنفيذه لأمر تجب طاعته، والذي يعد السند القانوني وفقاً للقواعد العامة في دخول مسكن الأفراد في حالات وجود الأمراض السارية من قبل هؤلاء الموظفين العامين، ثم سنتناول هذا السبب بشيء من التفصيل في المادتين ٣٧ و٣٨ من ذات القانون، لذلك وجب علينا أولاً تناول المقصود بالموظف العام وفقاً لقانون الجزاء الكويتي، ثم نتعرض للأعمال التي يقوم بها هذا الموظف كسبب للإباحة.

أولاً – الموظف العام وفقاً لقانون الجزاء الكويتي:

إن نصوص قانون الجزاء الكويتي التي تناولت استعمال الموظف العام سلطته أو تنفيذه لأمر تجب طاعته كسبب من أسباب الإباحة، وفصّلت كذلك فيما إذا كان فعل أو عمل هذا الموظف قانونياً أو غير قانوني، لكنها لم تحدد المقصود بالموظف العام الذي يمكنه أن يستفيد من هذا السبب المبيح على وجه الخصوص.

وفي ذات الوقت، لم يرد في قانون الجزاء الكويتي أي تعريف عام وشامل للموظف العام، مما يستدعي معه الرجوع لتعريفه وفقاً للقانون الإداري، فالفقرة الثانية من المادة الثانية للمرسوم بقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ في شأن الخدمة المدنية عرّفت الموظف العام بأنه: "كل من يشغل وظيفة مدنية من وظائف الجهات الحكومية أياً كانت طبيعة عمله أو مسمى وظيفته".

ومن المهم بمكان الإشارة إلى أن المشرع الجزائي الكويتي لم يأخذ بتعريف الموظف العام وفقاً لقانون الخدمة المدنية في جميع أحكام قانون الجزاء، حيث إنه في مجال التجريم تحديداً توسّع في تعريف المقصود بالموظف العام وذلك من خلال النصوص الخاصة من قانون الجزاء، كما هو منصوص عليه في مادة ٤٣ من قانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠، فمن خلالها أُعطيت صفة الموظف العام بشكل موسّع لبعض الأشخاص الآخرين في جرائم

---

(٢٣) نصت المادة ٤٣ على أنه: "يعد في حكم الموظف العام في تطبيق نصوص هذا الفصل: أ - الموظفون والمستخدمون والعمال في المصالح التابعة للحكومة أو الموضوعة تحت إشرافها أو رقابتها. ب - أعضاء المجالس النيابية العامة أو المحلية سواء أكانوا منتخبين أو =

الرشوة واستغلال النفوذ[٢٣] والجرائم الخاصة بالقانون رقم ١ لسنة ١٩٩٣ بشأن حماية الأموال العامة[٢٤] وكذلك في جريمة انتهاك حرمة مسكن، أو بعبارة أخرى جريمة الدخول غير القانوني للمسكن من قبل ممثل السلطة، فالمشرع هنا قطع الشك باليقين وصرّح بأن المقصود بتطبيق المادة ٥٥ من قانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠، هو الموظف العام بمفهومه الواسع بقولها: "كل موظف عام أو مستخدم وكل شخص مكلف بخدمة عامة".

والسؤال المطروح هنا هو: هل نستبعد هذا التوسع المتعلق بتعريف الموظف العام في أسباب الإباحة لأن بعض الأشخاص غير مشمولين بتعريف الموظف العام وفقاً لقانون الخدمة المدنية؟

انقسم الفقه قسمين في الإجابة عن هذا السؤال؛ فذهب أصحاب الرأي الأول إلى أنه يكتفى بمفهوم الموظف العام وفقاً لقانون الخدمة المدنية دون التوسع بذلك المفهوم من إدخال أشخاص آخرين قد يعتبرهم القسم الخاص من قانون الجزاء موظفين عامين، وعلل هذا الاتجاه رأيه بتعليلين، أولهما: أن المشرع لو أراد حقاً اعتناق مفهوم موسع للموظف العام يشمل الأشخاص الذين أشار البعض لوجوب اعتبارهم من قبيل الموظفين العموميين لفعل ذلك ونص عليهم صراحةً في المادتين ٣٧ و٣٨ من قانون الجزاء المتعلقتين بأعمال الموظف العام كسبب من أسباب الإباحة، كما فعل في النصوص الخاصة من إسباغ صفة الموظف العام على أشخاص آخرين، وثانيهما: إن أسباب الإباحة تتعلق بأمر استثنائي، فالأصل هو المسؤولية الجنائية متى ارتكبت جريمة نص عليها القانون الجزائي، فبالنسبة لهذا الرأي حتى لو نتج عن التوسع في التعريف مصلحة للمتهم فلا يمكننا التوسع في تفسير الاستثناء[٢٥]؛

= معينين. ج - المحكمون والخبراء ووكلاء النيابة والمصفون والحراس القضائيون. د - كل شخص مكلف بخدمة عامة. هـ - أعضاء مجالس إدارة ومديرو وموظفو ومستخدمو المؤسسات والشركات والجمعيات والمنظمات والمنشآت إذا كانت الدولة أو إحدى الهيئات العامة تساهم في مالها بنصيب ما بأية صفة كانت".

(٢٤) نصت المادة ٣ من هذا القانون على أنه: "يعد في حكم الموظف العام في تطبيق أحكام هذا القانون الأشخاص المنصوص عليهم في المادة ٤٣ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ المشار إليه".

(٢٥) انظر: مروة أبو العلا، المفهوم الجنائي للموظف العام في القانون المصري (الإنترنت)، ١٩ أغسطس ٢٠١٧، شبكة محاماة نت، تاريخ الزيارة ١ مايو ٢٠٢٠، متاح من خلال الرابط التالي: https://www.mohamah.net/law/%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%81%D9%87%D9%88%D9%85-%D8%A7%D9%84%D8%AC%D9%86%D8%A7%D8%A6%D9%8A-%D9%84%D9%84%D9%85%D9%88%D8%B8%D9%81-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%A7%D9%85-%D9%81%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86/

لأنهم أصلاً ليسوا موظفين وفقاً لقانون الخدمة المدنية فلا تسري على أفعالهم أحكام المادتين ٣٧ و٣٨ من قانون الجزاء[٢٦].

في حين ذهب أصحاب الرأي الثاني إلى أن ما تم قوله من قبل أصحاب الرأي الأول صحيح في مجال التجريم، أما في الإباحة فيجوز التوسع في التفسير، هذا بالإضافة إلى أن قانون الخدمة المدنية ضيّق جداً، ويرى أنه في مجال الإباحة يجب أن يتسع ليشمل "كل شخص يباشر طبقاً للقانون جزءاً من اختصاصات الدولة" ليشمل المكلف بالخدمة العامة والموظف الفعلي[٢٧]، وهذا ما نميل إليه، ففي مجال الإباحة نلجأ إلى التفسير الموسع لنصوص قانون الجزاء كقاعدة عامة لما فيها من مصلحة للمتهم.

وفي كل الأحوال، سواء وسعنا في تفسير مفهوم الموظف العام في مجال الإباحة، في الموضوع محل الدراسة، أم لم نوسعه، فإن المشرع الكويتي وفقاً للمادتين ١٣ و١٥ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ المتعلق بالاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية قد حدد بشكل صريح الموظفين المقصودين بهاتين المادتين، والذين يعتبر دخولهم لمساكن الأفراد مباحاً حال وجود أي وباء لمنع انتشاره كما أسلفنا دون انتظار رأي الفقه الجنائي في ذلك.

ثانياً – مصدر استعمال السلطة الوظيفية:

خصصت المادة ٣٧ من قانون الجزاء لتوضيح حكم استعمال السلطة ومصدرها كسبب من أسباب الإباحة، فنصت على أنه: "لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف عام أثناء مباشرته اختصاصه، استعمالاً لسلطة يقررها له القانون، أو تنفيذاً لأمر يوجب عليه القانون طاعته، بشرط أن يلتزم حدود السلطة أو الأمر"، وفي حين أنه فصّل في حالة انتفاء مسؤولية الموظف الجنائية في الفقرة الأولى من المادة ٣٨ موضحاً أنه: "لا يسأل الموظف إذا ارتكب فعلاً استعمالاً لسلطة يعتقد أن القانون يقرها له، أو تنفيذاً لأمر يعتقد أن القانون يوجب عليه طاعته".

وبعد استقراء النصوص نلاحظ أن استعمال السلطة الوظيفية قد يكون مصدره مصدراً مباشراً من نص قانوني وضعه المشرع، أو مصدراً مستمداً من السلطة الواجب عليه طاعتها بناءً على نص قانوني يستوجب ذلك، فإذا قام الموظف العام

---

(٢٦) انظر: د. سمير الشناوي، النظرية العامة للجريمة والعقوبة في قانون الجزاء الكويتي – دراسة مقارنة، الكتاب الأول، الكويت، مطبعة وزارة الداخلية – كلية الشرطة، ٢٠٠١-٢٠٠٢، ص٣٩٥.

(٢٧) د. محمد عبد اللطيف عبد العال، النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجنائية في قانون الجزاء الكويتي، مجلس النشر العلمي، ٢٠١٥، ص٩٦٤-٩٦٥.

باستعمال تلك السلطة كما وضحها له القانون سيكون فعله مباحاً حتى لو شكل في ظاهر الأمر جريمة؛ لأن هذا الأخير هو من أمره بتنفيذ عمل معين، فلا تقوم به أية جريمة، ولا يمكن مساءلته جنائياً، فمن غير المنطقي أن يلزمه القيام بأمر معين ثم يعاقبه على القيام به.

وسواء أكان تنفيذ هذا العمل المشروع قانوناً يقوم به الموظف من تلقاء نفسه دون صدور أمر قانوني من رئيسه مستنداً إلى نصوص القانون مباشرة، أم قام به وفقاً لأمر من السلطة المختصة أو رئيسه وكان القانون يوجب عليه طاعته، فيجب عليه حتى يستفيد من هذا السبب المبيح أن "يلتزم حدود السلطة أو الأمر" كما نصت عليه المادة ٣٧، ويقصد بذلك الالتزام التقيد بالشروط الموضوعية والشكلية لإباحة الفعل وفقاً للقانون، أي أن هذا الأمر داخل في اختصاص وظيفته، بالإضافة إلى أن يحقق الموظف الغاية التي من أجلها أباح له المشرع هذا الفعل وجعله مرخصاً، فقد قضت محكمة التمييز بأن: "الفعل الذي يرتكبه الموظف العام أثناء مباشرة اختصاصه لا يكون مباحاً إلا إذا كان تنفيذاً لأمر يوجب عليه القانون طاعته مع التزام حدود هذا الأمر" (٢٨).

وبناءً على ما تقدم، فإن دخول الموظفين المحددين وفقاً للمادتين ١٣ و١٥ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ المتعلق بالاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية، يجب أن يكون بالحدود التي وضعها القانون دون تعديها، ملتزمين بالشروط الموضوعية والإجرائية، وعليه فإن أي إجراء مخالف لما حدده القانون فإن المسؤولية الجنائية لهؤلاء الموظفين ستثار، ولن يصبح فعلهم مباحاً.

وقد تناول المشرع الجزائي الكويتي حالة اعتقاد الموظف العام بأنه يستعمل سلطته المستمدة من القانون مباشرة، أو اعتقاده أنه يقوم بتنفيذ أمر صادر ممن يوجب عليه القانون طاعته، وقد حددت المادة ٣٨ من قانون الجزاء الشروط الواجب توافرها للقول بعدم مساءلة هذا الموظف العام جزائياً، وعبرّت عنها بالتالي: "يجب على الموظف أن يثبت أن اعتقاده بني على أسباب معقولة، وأنه قد قام بالتثبت والتحري اللازمين للتحقق من مشروعية فعله".

وعليه، فإن أول هذه الشروط أن يعتقد الموظف أن ما يقوم به من عمل مشروع قانوناً، ولكن هذا العمل في الحقيقة غير قانوني، أي مخالف للقانون شكلاً أو

---

(٢٨) محكمة التمييز الكويتية، الدائرة الجزائية، جلسة ٢٥ سبتمبر ٢٠٠١، طعن رقم ٢٠٠١/٧٢.

موضوعاً؛ ويقصد بذلك وجود تعارض بين أمر القانون وأمر السلطة، وإذا كان حسم هذا التعارض يجب أن يكون بتنفيذ أمر القانون وليس أمر السلطة، فإن قيام الموظف بتنفيذ أمر السلطة يقضي – حسب الأصل – إلى القول بارتكابه جريمة، حيث لا يكون فعله حينئذ مباحاً[٢٩]، ولكن إباحة هذا الاعتقاد من قبل المشرع الكويتي متى انصب هذا الاعتقاد على إجازة فعله وفقاً للقوانين التي يتبعها والتي تأمره بالقيام بأمر معين، أو وجوب طاعته لهذا الأمر الصادر إليه، يعلل بحالة أن القانون قد لا يجيز للموظف مراجعة أوامر السلطة، ويفرض عليه في الوقت ذاته طاعته وتنفيذ هذه الأوامر، فلا أقل من تقرير عدم مسؤوليته عن هذا التنفيذ[٣٠].

ومن جهة أخرى يجب أن يكون الموظف حسن النية، بمعنى أنه قام بالعمل غير المشروع معتقداً أنه يقوم بعمل قانوني، وأن هذا الاعتقاد بني على أسباب معقولة، وعليه إثبات ذلك، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الكويتية بقولها: "مناط تقرير عدم مسؤولية الموظف وفق النص المتقدم (مادة ٣٨) أن يثبت أن اعتقاده بأنه يستعمل سلطة مخولة له– وهو ما تمسك به الطاعن– بني على أسباب معقولة، فضلاً عن إثبات أنه قام بالتثبت والتحري اللازمين للتحقق من مشروعية فعله"[٣١].

بالإضافة لما سبق يجب على الموظف العام التثبت والتحري بأن فعله الذي قام به مشروع قانوناً، وهذا ما قضت به محكمة التمييز في حكمها قائلة: "لإعفاء الموظف من العقاب عليه أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتروي، واعتقاده مشروعيته، وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة"[٣٢].

وقد نجح المشرع الجزائي الكويتي في تحقيق الاتزان، وذلك بتعادل الكفتين حينما جرّم دخول المسكن من قبل ممثلي السلطة العامة في الأحوال العادية ما لم يكن هناك سند قانوني لهذا الدخول، محققاً مصلحة الفرد الخاصة بحماية مسكنه، وكذلك المصلحة العامة بحماية الوظيفة العامة من الاستغلال، مغلباً مصلحة المجتمع

(٢٩) د. طارق إبراهيم الدسوقي عطية، شرح الأحكام العامة في قانون الجزاء الكويتي- القسم العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٩، ص ٤٨٤.

(٣٠) د. علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات- القسم العام، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٨، ص١٦٩.

(٣١) محكمة التمييز الكويتية، الدائرة الجزائية، جلسة ١٢ يوليو ٢٠٠٥، طعن رقم ٢٠٠٥/٢٤١.

(٣٢) محكمة التمييز الكويتية، الدائرة الجزائية، جلسة ٥ مايو ١٩٧٥، طعن رقم ١٩٧٥/٨.

على مصلحة الفرد في الأحوال الاستثنائية كحالة وجود وباء وأمراض سارية بجعل هذا الدخول مسموحاً ومباحاً.

ويُمكن أن يترتب على دخول ممثل السلطة العامة مسكن أحد الأفراد ارتكاب أفعال مجرمة من قبل شاغلي المسكن، ومن قبل هؤلاء الموظفين المخولين، وعندئذ تثار مسؤوليتهم الجزائية، وهذا ما سنتطرق له في المبحث الثاني من هذا البحث.

المبحث الثاني
المسؤولية الجزائية المترتبة على دخول ممثلي السلطة العامة المساكن في ظل جائحة فيروس كورونا

تمهيد وتقسيم

إن المسؤولية الجزائية التي قد تنجم عن دخول مسكن الفرد من قبل ممثلي السلطة العامة لا تقتصر على ارتكاب هذا الأخير لجريمة انتهاك الموظف العام لحرمة مسكن الفرد، السالف شرحها بالتفصيل(٣٣)، في حالة عدم التزامه بحدود وظيفته وتجاوزها، فبالإضافة إلى ذلك قد يترتب على إرادة دخول المسكن من قبل هذا الموظف العام المخول من وزارة الصحة إثارة المسؤولية الجزائية للفرد شاغل المسكن لعدم تمكين هذا الموظف العام من الدخول لمسكنه أثناء انتشار الأوبة كعدوى فيروس كورونا المستجد (كوفيد-١٩)، وليس ذلك فقط، بل إن هذا الفرد قد يسأل جزائياً لارتكابه سلوكيات مجرمة مترتبة على مخالفته لعدة نصوص جزائية، وهذا ما سنتناوله في المطلب الأول من هذا المبحث.

وقد تثار كذلك مسؤولية الموظف العام الجزائية لمخالفته لنصوص جزائية أخرى حتى لو دخل المسكن بشكل صحيح بناء على التخويل الذي حصل عليه، لتنافيها مع الواجبات المخولة له بمقتضى القانون والقرارات التي يجب عليه القيام بها، وكيفية حصول ذلك في ظل انتشار الأمراض السارية بشكل خاص، وهذا ما سنوضحه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الأول
المسؤولية الجزائية لشاغلي المساكن لمخالفتهم أحكام القانون الجزائي ونصوصه

تمهيد وتقسيم:

قد يترتب على دخول موظفي وزارة الصحة باعتبارهم موظفين عامين مساكن الأفراد، مساءلة هؤلاء الأفراد شاغلي المساكن جزائياً، وعليه سنخصص هذا المطلب لأبرز الجرائم المتصور ارتكابها من قبل هؤلاء الأفراد، متناولين في الفرع الأول

---

(٣٣) انظر: جريمة انتهاك حرمة مسكن من قبل الموظف العام والتي تم شرحها في المطلب الأول من المبحث الأول في هذه الدراسة.

مخالفة شاغل المسكن لأحكام قانون الأمراض السارية والقرارات المرتبطة به، أما الفرع الثاني فيتناول حالة اعتداء شاغل المسكن على ممثل السلطة العامة هنا من موظفي وزارة الصحة أو أفراد قوة الشرطة، وأخيراً في الفرع الثالث جريمة التزوير التي تتم بإملاء بيانات كاذبة على الموظف العام المخول هنا.

الفرع الأول

مخالفة الفرد شاغل المسكن لأحكام المادة ١٣ والفقرة الثالثة من المادة ١٥ من قانون الأمراض السارية والقرارات المتعلقة بهما

قد ينجم عن دخول موظفي وزارة الصحة المخولين من قبلها وكذلك الأطباء والمعاونين الصحيين المخولين من قبل وزيرها للمسكن المعني للقيام بمهامهم، بعض المخالفات من ساكني هذا المسكن وامتناعهم عن المثول لأوامر الأطباء أو الممرضين أو غيرهم من موظفي الوزارة المخولين، لذلك لم يفت المشرع بتصدي هذا التجاوز بتجريمه عن طريق القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية.

فقد يكون السلوك المجرم المكون للركن المادي هنا متمثلاً في سلوك سلبي قائم على الامتناع عن القيام بفعل ألزمه القانون القيام به، كقيام أحد الأشخاص القاطنين في المسكن بمنع الموظفين المخولين من دخول مسكنه ابتداءً حتى بعد تقديم أحد موظفي وزارة الصحة ما يفيد إثبات شخصيته، أي رغم التزامه بالإجراءات المنصوص عليها قانوناً، وقد يكون بعدم السماح لهم بفحصه أو الكشف عنه وعن المخالطين له، كما قد يكون بعدم الذهاب معهم لأماكن العزل المخصصة والتي سيقيمون بها حتى الشفاء، أو قد يكون بمنع هؤلاء من القيام بعملهم بتطهير المكان وتعقيمه، وهذا يشمل أيضاً امتناع شاغل المسكن عن القيام بأي إجراء صحي وقائي آخر طلب موظف الوزارة المعني منه القيام به، وقد يأخذ السلوك المجرم للركن المادي شكل سلوك إيجابي يتمثل في الهروب من المسكن عند دخول المخولين من قبل وزارة الصحة المسكن للقيام بمهامهم المخولين القيام بها.

أما فيما يتعلق بالركن المعنوي، فالجرائم المذكورة هنا عمدية لا يتصور وقوعها إلا بوجود القصد الجنائي في ارتكابها والمتمثل بالعلم والإرادة، أي أن يكون الفرد شاغل المسكن على علم بأن ما يقوم به من سلوك هو سلوك مجرّم، منصرفة إرادته للقيام به.

نص المشرع الجزائي في القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية على نوعين من العقوبة تختلف باختلاف النص المنتهك

والقرارات المتعلقة به، وعليه فإن من يخالف الأحكام والقرارات المتعلقة بالمادة ١٣ فإن العقوبة المقررة هي تلك المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة ١٧ والتي تنص، بعد تعديلها بالقانون رقم ٤ لسنة ٢٠٢٠ الخاص بتعديل المادة ١٧ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ المتعلق بالاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية، على أن: "١- كل مخالفة لأحكام هذا القانون أو للقرارات المنفذة له، يعاقب مرتكبها بالحبس مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر، وبغرامة لا تزيد على خمسة آلاف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين"، أما إذا تمت المخالفة للأحكام والقرارات الصادرة المتعلقة بالمادة ١٥ من القانون ذاته، أي في حالة صدور قرارات من الوزير بهدف الحد من انتشار الوباء بما يملكه من سلطة استثنائية تسمح لمن خولهم الدخول في أي وقت مساكن الأفراد، كما نصت تلك المادة، فإن الفقرة الثانية من المادة ١٧ هي التي ستطبق في هذه الحالة والتي تنص، بعد تعديلها بالقانون رقم ٤ لسنة ٢٠٢٠ الخاص بتعديل المادة ١٧ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ المتعلق بالاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية، على: "٢- كل مخالفة للقرارات أو التدابير المنوه عنها في المادة (١٥) من هذا القانون، يعاقب مرتكبها بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر، وبغرامة لا تزيد على عشرة آلاف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين".

الفرع الثاني

الاعتداء على الموظفين العامين المخولين من قبل وزارة الصحة أو المستعان بهم من قوات الشرطة أثناء تأدية أعمال وظائفهم

قد ينتج عن دخول موظفي وزارة الصحة المخولين من قبلها مساكن الأفراد للقيام بالأعمال المخولين بها عدم احترام من قبل الفرد شاغل المسكن، فتصدر منه أقوال وأفعال وإشارات قد تشكل ما يسمى بالاعتداء على هذا الموظف العام لرفضه دخولهم أو رفضه القيام بفحصه أو ما شابه ذلك، لم يتهاون المشرع الجزائي الكويتي في حماية الموظف العام من أي تجاوزات أو اعتداءات ضده، فقد جرم في الباب الثاني من قانون الجزاء، المخصص للجرائم المتعلقة بأعمال الموظفين العامين، وتحديداً في الفرع الخامس من هذا الباب جرائم "الاعتداء على الموظف أثناء تأدية وظيفته" أياً كانت تلك الوظيفة.

وبما أن الاعتداء في محل دراستنا يقصد به التجاوز، فإن هذا التجاوز الصادر من الفرد بحق الموظف العام المخول أو المستعان به في دخول المسكن للقيام بما يستوجب منه من أعمال أثناء جائحة فيروس كورونا المستجد (كوفيد-١٩) قد يكون

إما معنوياً بالقول أو الفعل بالإشارة[٣٤] أو مادياً بالفعل المادي على جسده[٣٥]، فقد تناول المشرع الكويتي هاتين الطريقتين بشكل مفصل ومنفصل كل منهما عن الآخر في قانون الجزاء الكويتي، وهذا ما سنستعرضه في دراستنا.

بدايةً تقوم هاتان الجريمتان كبقية الجرائم بوجود ركنين أساسيين هما الركن المادي والركن المعنوي، فالركن المادي يختلف من جريمة إلى أخرى، فقد يأخذ السلوك المكون له وفقاً للمادة ١٣٤ شكل الاعتداء المعنوي، أما في المادة ١٣٥ فيعتبر اعتداءً مادياً، وكلاهما موجه إلى الموظف العام ورجل الشرطة.

أولاً – الاعتداء بالقول أو بالإشارة على الموظف العام المخول من قبل وزارة الصحة أو المستعان به من قوات الشرطة:

فقد نصت المادة ١٣٤ من قانون الجزاء الكويتي على طريقة الاعتداء المعنوي على الموظف العام بقولها: "كل من أهان بالقول أو بالإشارة موظفاً عاماً أثناء تأدية وظيفته، أو بسبب تأديته لها"، فيقصد بالإهانة هنا كل قول أو فعل يحكم العرف بأن فيه ازدراء وطعناً في الكرامة في أعين الناس، وإن لم يشمل قذفاً أو سباً أو افتراء، ولا عبرة في الجرائم القولية بالمداراة في الأسلوب مادامت العبارة مفيدة بسياقها معنى الإهانة[٣٦]، ففي حالة دخول الموظفين العامين للمسكن للقيام بالعمل المخول لهم القيام به، يقوم أحد أفراد هذا المسكن بإهانة هذا الموظف بالقول شفاهةً، وذلك

---

(٣٤) نصت المادة ١٣٤ من قانون الجزاء الكويتي على التالي: " كل من أهان بالقول أو بالإشارة موظفاً عاماً أثناء تأدية وظيفته، أو بسبب تأديته لها، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر وبغرامة لا تجاوز (٢٢،٥٠٠ دينار) ثلاثمائة روبية أو بإحدى هاتين العقوبتين، فإذا وقعت الإهانة على محكمة قضائية أو على أحد أعضائها أثناء انعقاد الجلسة، كانت العقوبة الحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة والغرامة التي لا تجاوز (٧٥ ديناراً) ألف روبية أو إحدى هاتين العقوبتين. فإذا كان المجني عليه من قوة الشرطة كانت العقوبة الحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر والغرامة التي لا تجاوز ثلاثة آلاف دينار أو إحدى هاتين العقوبتين، ويسري هذا الحكم إذا وقعت الإهانة على أحد العسكريين من منتسبي الجيش أو الحرس الوطني".

(٣٥) نصت المادة ١٣٥ من قانون الجزاء الكويتي على التالي: "كل من تعدى على موظف عام، أو قاومه بالقوة أو العنف، أثناء تأدية وظيفته أو بسبب تأديتها، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تجاوز (٧٥ ديناراً) ألف روبية أو بإحدى هاتين العقوبتين، وذلك دون إخلال بأية عقوبة أخرى يرتبها القانون على أي عمل يقترن بالتعدي أو المقاومة. فإذا كان المجني عليه من قوة الشرطة كانت العقوبة الحبس مدة لا تجاوز سنتين والغرامة التي لا تجاوز ثلاثة آلاف دينار أو إحدى هاتين العقوبتين..."

(٣٦) العاقل غريب أحمد، جرائم الإهانة والقذف والسب – معلقاً عليها بأحكام محكمة النقض المصرية والمحكمة الإدارية، بحث منشور على الموقع الرسمي للنيابة الإدارية المصرية، ص٥.

باستخدام عبارات غير لائقة سواء أكانت بذيئة أم لم تكن كذلك، مادامت تشكل إهانة للموظف وتزدريه وتحط من كرامته وقدره في أعين الناس أو قدر ما يقوم به من عمل، وقد تكون الإهانة بالإشارات أو الإيماءات الصادرة من الفرد شاغل المسكن أمام الموجودين في حق الموظف العام ورجال الشرطة وهم بصدد القيام بعملهم بقصد التطاول عليهم وعرقلتهم عن القيام بمهامهم.

ويحدث ذلك إما عند دخولهم للمسكن، ويرجع ذلك لرفض أحد الأفراد شاغلي المسكن الدخول ابتداءً فتصدر منه عبارات أو إشارات جارحة تشكل إهانة، أو حتى بعد الدخول للمسكن أي أثناء قيام الموظفين بعملهم، فتصدر منه عبارات وأقوال بغرض عدم تمكينهم من أداء واجبهم، مما يجعل فعله مجرماً لأنه تعمد إهانتهم. وقد يطلب هؤلاء الموظفون مساعدة رجال الشرطة خاصةً وأن قانون الأمراض السارية قد كفل لهم الاستعانة بقوة رجال الشرطة لتنفيذ عملهم المخولين به والواجب عليهم القيام به، فتلحق رجال الشرطة الإهانة كذلك متى قام هذا الفرد بتوجيه أقواله المهينة التي قد تمس شرف رجل الشرطة وكرامته، أو إشاراته إليهم وهم بصدد القيام بواجبهم.

ثانياً - الاعتداء المادي على الموظف العام المخول من قبل وزارة الصحة أو المستعان به من قوات الشرطة:

حددت المادة ١٣٥ من قانون الجزاء الكويتي كيفية وقوع هذا الاعتداء المادي بالقول: "كل من تعدى على موظف عام، أو قاومه بالقوة أو العنف، أثناء تأدية وظيفته أو بسبب تأديتها" إن السلوك المكون للركن المادي في هذه الجريمة هو الإيذاء البدني الذي يقع على جسد الموظف العام أو رجال الشرطة، فإن التعدي هنا يكون محسوساً ظاهراً للعالم الخارجي على شكل اعتداء بالضرب أو الجرح أو الإيذاء الذي قد يتفاوت في جسامته، ويمكن أن يقع هذا الاعتداء المادي البدني على شكل مقاومة بالقوة أو العنف ناتجة عن نزاع بين الطرفين محل دراستنا.

قد يبدأ الفرد شاغل المسكن هذا النزاع نتيجة لعدم التزامه وامتثاله لأوامر الموظف العام فيهرب، وبعدها يقاوم بالقوة أو العنف أي عمل مباح يقوم به الموظف العام، وكذلك من تمت الاستعانة به من رجال الشرطة لإجبار هذا الفرد على الامتثال لهم، إما لأن هذا الأخير لا يريد تمكينهم من دخول مسكنه، أو يقاومهم بداعي رفضه القيام بالفحص أو تطهير المسكن أو رفضه الإفصاح عن من خالطهم أو ما يعانيه من أعراض أو أمراض أو غير ذلك.

أياً كان هذا الاعتداء المتخذ من قبل الجاني وشكله، فقد أسبغ المشرع الحماية على الموظف العام المعتدى عليه أو رجل الشرطة، مادام هذا الاعتداء قد وقع عليه

أثناء أو بسبب الوظيفة، وهذا الشرط منطقي، وتقع الجريمة كذلك حتى لو انتهى الموظف المعني من عمله ووقع الاعتداء من هذا الفرد فإنه يساءل جنائياً في هذه الحالة مادام أن هذا الاعتداء قد وقع عليه بسبب تأديته عمله، ويستوي بعد ذلك شكل هذا الاعتداء سواء أكان بإهانته لفظياً أم بالإشارة أم مقاومته أم ضربه أم غير ذلك، كمن يقوم، على سبيل المثال، بالاتصال على الموظف المعني وإهانته شفاهةً على ما قام به من دخول لمسكنه أو فحصه.. إلخ.

إن جرائم الاعتداء على الموظفين العامين ورجال الشرطة المذكورة في المادتين ١٣٤ و١٣٥ من قانون الجزاء من الجرائم القصدية العمدية، أي أن ركنها المعنوي يأخذ شكل القصد الجنائي العام، فيشترط المشرع لقيام هاتين الجريمتين أن يكون الفرد شاغل المسكن – أو بعبارة أخرى الجاني – على علم بأنه أمام موظف عام مخول من قبل وزارة الصحة الكويتية للقيام بعمل معين، أو أمام رجل من رجال قوات الشرطة، وكلاهما قائمان على تنفيذ ما يستوجبه القانون منهما، وأن سلوكه الإجرامي سواء أكان اعتداءً مادياً أم معنوياً كان بمثابة اعتداء عليهما وهما يقومان بواجبات وظيفتهما، مع اتجاه إرادة هذا الفرد الجاني إلى ارتكاب هذا السلوك المجرم رغم هذا العلم.

فيما يتعلق بالعقوبة المقررة لجرائم الاعتداء على الموظفين العامين ورجال الشرطة أثناء تأدية أعمال وظائفهم أو بسببها، فإن المشرع فرّق بين العقوبة المقررة على الجاني حال ارتكابه للسلوك المجرم المنصوص عليه في المادة ١٣٤ من قانون الجزاء وهو الاعتداء أو المقاومة بالقوة أو بالعنف على الموظف العام، عن تلك المقررة حال ارتكابه للسلوك المجرم المنصوص عليه في المادة ١٣٥ من قانون الجزاء وهو الاعتداء المادي؛ فعاقب المعتدي معنوياً لفظاً أو إشارةً على الموظف العام: "كل من أهان بالقول أو بالإشارة موظفاً عاماً أثناء تأدية وظيفته، أو بسبب تأديته لها، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر وبغرامة لا تجاوز (٢٢,٥٠٠ دينار) ثلاثمائة روبية أو بإحدى هاتين العقوبتين.." في حين أنه شدد العقوبة على هذا المعتدي متى كان المجني عليه من قوات الشرطة بقوله: "فإذا كان المجني عليه من قوة الشرطة كانت العقوبة الحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر والغرامة التي لا تجاوز ثلاثة آلاف دينار أو إحدى هاتين العقوبتين.." .

ومن جهة أخرى نص المشرع على عقاب المعتدي اعتداءً بدنياً بنصه على التالي: "كل من تعدى على موظف عام، أو قاومه بالقوة أو العنف، أثناء تأدية وظيفته أو بسبب تأديتها، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تجاوز (٧٥ ديناراً) ألف روبية أو بإحدى هاتين العقوبتين"، مشدداً العقاب إذا كان هذا الاعتداء

الجسدي موجه ضد عضو من قوة الشرطة بقوله: "فإذا كان المجني عليه من قوة الشرطة كانت العقوبة الحبس مدة لا تجاوز سنتين والغرامة التي لا تجاوز ثلاثة آلاف دينار أو إحدى هاتين العقوبتين".

الفرع الثالث
إملاء بيانات كاذبة عن حالته وما يعانيه على الموظف المخول بدخول المسكن

تقوم جريمة التزوير في حق الفرد شاغل المسكن متى طلبت منه معلومات وبيانات معينة من قبل المخولين من وزارة الصحة لإثباتها على ما لديهم من محاضر وأوراق تخص حالة هذا الفرد، فيتعمد إعطاءهم بيانات كاذبة ومعلومات على غير حقيقتها، وقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة ٢٥٧ من قانون الجزاء الكويتي على قيام جريمة تزوير في هذه الحالة بقولها: "ويقع التزوير ممن استغل حسن نية المكلف بكتابة المحرر فأملى عليه بيانات كاذبة موهماً أنها بيانات صحيحة"، يطلق على التزوير بهذه الطريقة مسمى التزوير المعنوي لانعدام الأثر المادي له، أي أنه لا ينصب على مادة المحرر إنما على معناه، فلا يُرى ولا يدرك بالنظر لصحته من الناحية الشكلية، فالمحرر يظهر في العالم الخارجي خالياً من مثل هذا الأثر، الأمر الذي يصعب اكتشافه إلا بالرجوع إلى ذوي الشأن لمعرفة البيانات الحقيقية التي كان يجب إثباتها[٣٧]. فنحن في هذه الحالة أمام تزوير في محرر رسمي، ويرجع ذلك إلى أن المحرر الذي أمامنا في هذه الجريمة هو محرر رسمي لأنه صادر من أو من شأنه أن يصدر من موظف عام من خلال قيام هذا الأخير بكتابة المحرر وتوقيعه بعد تدوين ما أُملي عليه من بيانات كاذبة[٣٨].

ويتكون الركن المادي هنا بسلوك إيجابي متمثل بالإملاء على الموظف المخول من قبل وزارة الصحة المطلوب منه تسجيل تلك البيانات المتعلقة بحالة شاغل المسكن أو شاغليه، فمن دون هذا السلوك الإيجابي لا تقوم جريمة التزوير، فقد يتجسد هذا الإملاء إما: بالشكل التقليدي الورقي وذلك بتقديم أوراق ومستندات كاذبة

(٣٧) محمود صالح العادلي، الموسوعة الشاملة في شرح قانون العقوبات، النجم للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠٠، ص١٢١.

(٣٨) انظر: عبد الرحمن إبراهيم الحوطي، نطاق تجريم تزوير الشهادات والتقارير الطبية في القانون الأردني والكويتي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٢، ص٢٥ و٢٦.

إلى المكلف بكتابة المحرر من وزارة الصحة، أو بشكل آخر يتمثل بالإملاء الشفوي بأن يدلي الفرد شاغل المسكن ببيانات كاذبة، ويتأكد هذا المعنى الموسع لكلمة الإملاء بحكم محكمة التمييز القائل بأن: "المشرع قصد بلفظ الإملاء الوارد بنص المادة ٢٥٧ من قانون الجزاء التي تبين أركان جريمة التزوير، أن يكون كاتب المحرر قد استقى ما أثبت من مرتكب التزوير فعلاً، فلا يشترط في الإملاء أن يكون شفوياً، وإنما يستوي أن يكون كذلك، أو أن يتم الإيداع أو التقديم لورقة مكتوبة تشتمل على البيانات الكاذبة لإثباتها في المحرر، ولا يصح قصر الإملاء على مجرد القول الذي يأتي على لسان مرتكب التزوير لما في ذلك من تفويت لإرادة المشرع باتخاذ الكتابة وسيلة غير مؤثمة للتزوير"(٣٩).

ويجب أن يكون موظف وزارة الصحة المكلف بكتابة المحرر هنا "حسن النية" أي أنه لا يعلم بأن ما يملى عليه من بيانات ومعلومات، سواء أكان بتقديم مستندات أم إملاءً شفوياً، هي معلومات كاذبة وغير صحيحة، وعليه فلن تتم مساءلته قانونياً بتهمة التزوير؛ لأن ما قام به من تدوين تضمن ما أملي عليه من معلومات وبيانات دون زيادة أو نقصان من قبل أحد الأفراد شاغلي المسكن مستغلاً إياه لذلك، فإن الموظف في هذه الحالة سيكون بمنأى عن العقاب وفقاً لقانون الجزاء لحسن نيته أي لانعدام القصد الجنائي لديه، بخلاف ما إذا كان سيِّئ النية، فعندئذ يكون فاعلاً لجريمة التزوير في محرر رسمي ويكون من أملى عليه هذه البيانات شريكاً في ارتكاب الجريمة.

أما المقصود بالبيانات الكاذبة التي قد تملى على الموظف في هذه الحالة وهي عند دخول موظفي وزارة الصحة المخولين من قبلها مساكن أحد الأفراد للقيام بمهامهم المخولين بها فهي كثيرة ويصعب حصرها، ولكن يمكننا ضرب بعض الأمثلة عليها؛ فقد يقوم أحد الأفراد شاغلي المسكن بتقديم ورقة مزورة يزعم أنها من وزارة الصحة تفيد خلوه من الأمراض المزمنة عند سؤال الموظف المختص بما يعانيه من أمراض من هذا النوع وخاصة أن هذا النوع من الأمراض يكون الإفصاح عنه مهماً قبل الإصابة بعدوى كورونا المستجد (كوفيد-١٩) وعندها، لما تسببه تلك العدوى من تدهور كبير في صحة المريض الذي يعاني من تلك الأمراض قد تودي بحياته، ويقوم الفرد بنفي ذلك مقدماً تلك الورقة، ويقوم الموظف بتدوين ما ورد فيها، ويمكن أن يقوم أحد الأفراد بإنكار وجود أية أعراض لعدوى كورونا المستجد (كوفيد-١٩) كارتفاع درجة الحرارة والعطاس والسعال والتقيؤ وغيرها رغم ما يعانيه منها، فيدوّن الموظف

(٣٩) محكمة التمييز الكويتية، الدائرة الجزائية، جلسة ٦ يوليو ٢٠٠٥، طعن رقم ٦٥٦/ ٢٠٠٤.

المعني ما تمت إجابته بالنفي في تلك الورقة الرسمية الصادرة منه. أو كذبه في إجاباته المتعلقة بتاريخ عودته من السفر والدولة التي سافر إليها لمعرفة إذا ما كانت من الدول الموبوءة أو لا، وإذا ما خالط أناساً غير الذين يقطنون معه في هذا المسكن، فيكتب الموظف هذه البيانات الكاذبة في المحرر معتقداً أنها حقيقية، كما يمكن أن يأخذ السلوك المكون للركن المادي هنا شكل إجابات غير دقيقة وكاذبة صادرة من أحد الأفراد حال وجوده تحت الحجر المنزلي لمدة معينة ودخل الموظف المعني مسكنه للبحث عنه ومعرفة مدى التزامه بالحجر المنزلي، وما إن سبق له الخروج من مسكنه، وبعد ذلك سجّل كل ما أدلى به هذا الفرد من معلومات تتعلق بملازمته مسكنه وأنه لم يخرج بتاتاً، في المحرر الذي معه، ومن المهم بمكان الإشارة إلى أن تسجيل موظف وزارة الصحة لتلك البيانات الكاذبة التي أدلى بها الفرد شاغل المسكن تقع به جريمة التزوير المعنوي لاستغلاله حسن نية الموظف المكلف بكتابة هذا المحرر، حتى لو تبيّن أن هذا الموظف لم يتحرَ الدقة في معرفة عدم صحة تلك البيانات المدلى بها.

إن جريمة التزوير عن طريق إملاء بيانات كاذبة باستغلال حسن نية الموظف المعني بكتابة المحرر وذلك بإيهامه أنها بيانات صحيحة كبقية الجرائم الأخرى في قانون الجزاء يشترط لقيامها وجود ركن معنوي إلى جانب الركن المادي السالف ذكره الذي يأخذ شكل القصد الجنائي العام، لأنها جريمة عمدية، والذي يتكون من العلم والإرادة، فيقصد بالعلم هنا علم الفرد شاغل المسكن بأن ما يقوم به من إملاء ما هو إلا تزويد ببيانات كاذبة ليس لها أي أساس من الصحة، وأنه يستغل حسن نية الموظف المكلف بكتابة هذا المحرر موهمه بأن ما يمليه عليه من بيانات هي بيانات صحيحة، بالإضافة إلى القصد الجنائي العام الذي يستلزمه المشرع لقيام كافة الجرائم العمدية، فإنه اشترط وجود قصد جنائي خاص وهو نية استعمال المحرر المزور، وبعبارة أخرى احتمال الإضرار بالمصلحة العامة(٤٠).

حددت المادة ٢٥٩ من قانون الجزاء الكويتي مقدار العقوبة المقررة لتلك الجريمة باعتبارها جريمة تزوير في محرر رسمي بقولها: "إذا ارتكب التزوير في محرر رسمي أو في ورقة من أوراق البنوك، كانت العقوبة الحبس مدة لا تجاوز سبع سنوات، ويجوز أن تضاف إليها غرامة لا تجاوز (٥٢٥ ديناراً) سبعة آلاف روبية".

ختاماً، قد يرتكب الفرد شاغل المسكن جريمة واحدة من هذه الجرائم، وفي هذه

(٤٠) انظر: محكمة التمييز الكويتية، الدائرة الجزائية، جلسة ١٨ يناير ٢٠١١، طعن رقم ٢٠٠٩/٥١٠.

الحالة يعاقب وفقاً للعقوبة المنصوص عليها والمقررة في المادة التي خالفها، وقد يقوم الشخص بارتكاب أكثر من جريمة من الجرائم التي تناولناها، فنكون أمام تعدد مادي وحقيقي للجرائم؛ لأن كل جريمة هنا مستقلة في عناصرها وأركانها القانونية بما فيها عقوبتها عن الجريمة الأخرى، وفي هذه الحالة ومتى ارتكبت هذه الجرائم لتحقيق غرض إجرامي واحد فإننا نكون أمام تعدد حقيقي مع وجود ارتباط لا يقبل التجزئة بين تلك الجرائم، فلن توقع عليه إلا عقوبة أصلية واحدة وهي عقوبة الجريمة الأشد.

ولقد أصاب المشرع الجزائي بالتصدي للسلوكيات المجرمة التي قد ترتكب لعدم امتثال الأفراد شاغلي المسكن لأوامر القانون أو أوامر ممثلي السلطة في حالة وجود مرض وبائي كجائحة فيروس كورونا، ومن جانب آخر لا تقتصر مخالفة أحكام القانون وارتكاب الجرائم على الفرد شاغل المسكن، فقد يقوم ممثلو السلطة من موظفين عموميين بارتكاب أفعال وسلوكيات أخرى مجرمة وفقاً لقانون الجزاء الكويتي، وهذا ما سوف نعالجه في المطلب التالي.

المطلب الثاني
المسؤولية الجزائية للموظفين العموميين لمخالفتهم أحكام القانون الجزائي ونصوصه

تمهيد وتقسيم:

قد يترتب على دخول ممثلي السلطة العامة من موظفين عامين كالمخولين من وزارة الصحة وغيرهم كرجال قوة الشرطة المستعان بهم عدة سلوكيات مجرمة لمخالفتهم لأحكام النصوص الجزائية، فيمكن أن تتم مساءلتهم عن عدة جرائم[٤١] أبرزها على سبيل المثال لا الحصر، ما سنتناوله في الفرع الأول من هذا المطلب كمخالفة الموظف المخول بدخول المسكن لأحكام قانون الأمراض السارية والقرارات المرتبطة به، واستعمال هذا الموظف القسوة للقيام بأعماله المخول بها في الفرع الثاني، وكذلك جريمة التزوير المرتكبة من قبل الموظف العام التي يقوم فيها بجعل واقعة غير صحيحة في صورة واقعة صحيحة، وسنتناول في الفرع الرابع حالة الشخص المنتحل للوظيفة العامة مستغلاً تلك الصفة الوظيفية لدخول مساكن الأفراد،

(٤١) بالإضافة للدخول غير القانوني من قبل هذا الموظف لو تجاوز حدود سلطته الوظيفية السالف شرحه في المطلب الأول من المبحث الأول من دراستنا.

أما الفرع الخامس والأخير فقد خصصناه لجريمة امتناع الطبيب عن التبليغ عن وجود شخص مصاب أو مشتبه بإصابته بمرض سارٍ كفيروس كورونا.

الفرع الأول

مخالفة الموظف العام لأحكام المادة ١٣ والفقرة الثالثة من المادة ١٥ من قانون الأمراض السارية والقرارات المتعلقة بهما

يمكن أن يترتب على دخول موظفي وزارة الصحة المخولين من قبلها وفقاً للمادة ١٣، والأطباء والممرضين المخولين من قبل وزير الصحة وفقاً للفقرة الثالثة للمادة ١٥ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية تهاونهم ومخالفتهم لأحكام هذه المواد بما فيها من واجبات والتزامات.

قد يأخذ النشاط الإجرامي للركن المادي هنا عدة أشكال، فقد يقوم موظف وزارة الصحة المخول من قبلها، وفقاً للمادة ١٣ من القانون السالف ذكره، والذي قام بالدخول للمسكن دون ضرورة تدعوه لذلك، وقد لا يخطر الفرد شاغل المسكن، أو يرفض إبراز ما يثبت شخصيته، أو يمتنع عن البحث عن المرضى وإحالتهم للجهات المخصصة للعزل، أو لا يقوم بما عهد إليه من مهمة تطهير وتعقيم المكان، أو يمتنع عن الكشف على المخالطين أو تطعيمهم أو ما شابه ذلك[٤٢]، ويعتبر مخالفاً لأحكام تلك المادة رجل قوة الشرطة الذي لا يتجاوب مع هؤلاء الموظفين الذين يستعينون به في سبيل أداء وظيفتهم.

وقد لا يمتثل الأشخاص الخاضعون لأحكام الفقرة الثالثة للمادة ١٥ من ذات القانون وهم الأطباء والمعاونون الصحيون وأفراد الهيئة التمريضية الذين يخولهم وزير الصحة أو يعينهم لقرارات هذا الأخير كدخول المسكن في أي وقت للقيام بتلك الواجبات المفروضة عليهم، فيتهاونون بالبحث عن المرضى ولا يقومون بفحصهم وتسجيل كل ما يعانون منه، ويمتنعون عن إجراء التطعيم والتطهير أو غير ذلك من الإجراءات الصحية الوقائية اللازمة المفروضة عليهم[٤٣]. وتسري على رجال قوة

(٤٢) فهنا يسأل وفقاً للفقرة الأولى من المادة ١٧ لمخالفته لأحكام المادة ١٣ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية والقرارات الصادرة بناءً عليها.

(٤٣) أما هنا فيسأل وفقاً للفقرة الثانية من المادة ١٧ لمخالفته لأحكام الفقرة الثالثة من المادة ١٥ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية والقرارات الصادرة بناءً عليها.

الشرطة المخالفين لأحكام تلك المادة ما يسري من عقوبات على المخولين من قبل وزير الصحة، وذلك بعدم امتثالهم للمستعينين بهم من موظفين.

لابد لقيام جريمة ما من وجود الركن المعنوي إلى جانب ما تم ذكره من ركن مادي، فجميع الجرائم المذكورة هنا هي من الجرائم العمدية والتي لا يتصور وقوعها إلا بوجود القصد الجنائي في مرتكبها والمتمثل بالعلم والإرادة.

عاقب المشرع الكويتي على مخالفة أحكام المادة ١٣ من قانون الأمراض السارية وقراراتها، وذلك في الفقرة الأولى من المادة ١٧ من ذات القانون والتي تنص، بعد تعديلها بالقانون رقم ٤ لسنة ٢٠٢٠ الخاص بتعديل المادة ١٧ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ المتعلق بالاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية، على أنه: "١- كل مخالفة لأحكام هذا القانون أو للقرارات المنفذة له، يعاقب مرتكبها بالحبس مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر، وبغرامة لا تزيد على خمسة آلاف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين".

أما مخالفة أحكام المادة ١٥ من هذا القانون فإنها تخضع للفقرة الثانية من المادة ١٧ والتي تنص، بعد تعديلها بالقانون رقم ٤ لسنة ٢٠٢٠ الخاص بتعديل المادة ١٧ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ المتعلق بالاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية على أنه: "٢- كل مخالفة للقرارات أو التدابير المنوه عنها في المادة (١٥) من هذا القانون، يعاقب مرتكبها بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر، وبغرامة لا تزيد على عشرة آلاف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين".

الفرع الثاني
جريمة استعمال القسوة من قبل الموظف العام

قد يواجه الموظفون العامون بمن فيهم الأطباء والهيئة التمريضية المخولون من قبل وزير الصحة في سبيل دخولهم مسكن الفرد أو أثنائه بعضاً من المقاومة أو التعنت من قبل هذا الفرد شاغل المسكن، فيقوم هذا الموظف بمن فيهم قوة الشرطة باستعمال القسوة ضده، فتقوم هذه الجريمة بحق هذا الموظف العام والتي نص عليها المشرع الجزائي في المادة ٥٦ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ بالتجريم قائلاً: "كل موظف عام أو مستخدم، وكل شخص مكلف بخدمة عامة، استعمل القسوة مع الناس اعتماداً على وظيفته بحيث إنه أخل بشرفهم أو أحدث آلاماً بأبدانهم"، وعليه فلا تنهض هذه الجريمة ابتداءً إلا بوجود شرطها المفترض وهو أن يكون الجاني موظفاً عاماً أو مستخدماً أو مكلفاً

بخدمة عامة، إلى جانب ما للجريمة من أركان أولها الركن المادي وثانيها الركن المعنوي.

ويتكون الركن المادي المكون للجريمة من أفعال القسوة(٤٤)، فنكون أمام جريمة استعمال القسوة متى قام الموظف العام ومن في حكمه بأفعال من شأنها إما الإخلال بشرف الأفراد بشكل عام والأفراد شاغلي المسكن بشكل خاص أو إحداث آلام بأبدانهم، بشرط ألا تصل إلى درجة التعذيب، فالقسوة أخف ألماً من التعذيب(٤٥)، فالقسوة المعنية هنا تلك التي تشمل جميع الاعتداءات المادية الخفيفة والبسيطة التي تقع على جسد الشخص مهما خفت جسامتها(٤٦)، وكذلك متى انطوى اعتداء الموظف العام – محل دراستنا – ومن في حكمه على الإخلال بشرف الفرد شاغل المسكن، فقد تقع تلك الجريمة في حق هذا الموظف لو قام على سبيل المثال بضرب الفرد شاغل المكان أثناء قيامه بفحصه عند رفض هذا الأخير الخضوع للفحص، ويمكن أيضاً أن تقع متى قام هذا الموظف العام ومن في حكمه بالبصق على الفرد شاغل المسكن أثناء دخوله للمسكن لقيامه بالعمل المخول له، وتقوم كذلك إذا صدر الاعتداء من رجل قوة الشرطة على الفرد شاغل المسكن كقيام الأول بتكميم فم الثاني أو تقييد رجليه أو جذبه من شعره أو جرحه.

والسؤال الذي يُثار هو هل سنكون أمام تناقض تشريعي بين النصوص التي تجرم استعمال القسوة ونص المادة ١١ من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٦٨ بشأن نظام قوة الشرطة التي أباح المشرع من خلالها لرجال قوة الشرطة استعمال القوة؟

بدايةً لن نكون أمام تناقض تشريعي، فالأصل هو عدم استعمال أساليب القسوة والتي قد يستعمل فيها القوة من قبل رجال قوة الشرطة لأن استعمالها يعد سلوكاً مجرماً كما بيّنّا سلفاً، ولكن المشرع سمح لرجال قوة الشرطة باستخدام القوة وفق شروط معينة مجتمعة حتى تصبح هذه القوة – استثناءً على الأصل – مباحة، حيث

---

(٤٤) انظر: مصطفى مجدي هرجة، التعليق على قانون العقوبات في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، ١٩٩١-١٩٩٢، ص٦٤٩-٦٥٣.

(٤٥) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠.

(٤٦) وهذا ما نصت عليه المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ بقولها: "وبهذه المثابة تختلف جناية التعذيب عن جنحة استعمال القسوة التي قد تتم بمجرد وقوع أي اعتداء من الموظف يحدث آلاماً بدنية أو يخل بالشرف".

جاء نص المادة ١١ من قانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٦٨ بشأن نظام قوة الشرطة[٤٧] محدداً لشروط استعمال القوة ضرورة اجتماعها؛ فيشترط أن يكون استعمال تلك القوة للقيام بواجباتهم وتنفيذها على الوجه المطلوب منهم، ويجب أن يكون استعمال القوة هو الوسيلة الوحيدة التي يستطيعون من خلالها القيام بأعمالهم، وأخيراً يجب أن تكون بالقدر المطلوب المناسب للقيام بالعمل المطلوب دون تزيّد أو استغلال، وهذا ما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون بقولها: "ولقد نصت المادة العاشرة على أنه من مهام قوة الشرطة العمل على منع ارتكاب الجرائم وضبط ما يقع منها، ولما كان أداء رجال الشرطة لمهامهم الأساسية قد يعرضهم للخطر مما يقتضي معه الاستعانة باستعمال القوة أو السلاح، بالقدر الذي لا يتعدى الحاجة وفي ظروف لا مناص فيها من استعمال القوة، فقد حددت المادتان ١١ و١٢ من مشروع القانون الظروف التي تجيز استعمال السلاح أو الالتجاء إلى القوة".

وبالإضافة إلى ما تقدم فقد اشترط المشرع أن يكون استعمال القسوة من الموظف العام ومن في حكمه اعتماداً على وظيفتهم، وهذا يعني اعتماد الموظف على سلطته الوظيفية بما فيها من مميزات وسطوة ومظاهر وظيفية واجتماعية قد تمنع الفرد شاغل المسكن من دفع أذى هذا الأخير واعتدائه عليه.

إن جريمة استعمال القسوة هي جريمة من الجرائم العمدية التي تتطلب توافر قصد إجرامي لقيامها والمتمثل في القصد الجنائي، وذلك بانصراف إرادة الجاني لاستعمال هذه القسوة مع علمه بأنه يقوم بهذا السلوك الإجرامي ومقدم عليه معتمداً فيه على وظيفته، وعليه فلا تقع تلك الجريمة إذا كانت هذه القسوة عن غير قصد، أي متى كانت نتيجة إهمال أو رعونة أو عدم احتياط من جهة الموظف العام أو المستخدم أو المكلف بخدمة عامة.

وقد عاقب المشرع الكويتي هذه القسوة المستخدمة من قبل الموظف العام ومن في حكمه على الناس اعتماداً على وظيفته المتمثلة في دراستنا في العمل في وزارة الصحة باعتبارهم موظفي الوزارة أو كالأطباء أو الممرضين المخولين من قبل وزير الصحة، ويشمل أيضاً قوة الشرطة المستعان بهم، بالتالي: "الحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تجاوز مائتين وخمسة وعشرين ديناراً أو بإحدى هاتين العقوبتين".

---

(٤٧) نصت المادة ١١ على أنه: "لأعضاء قوة الشرطة حق حمل السلاح المسلم لهم من الحكومة، ولهم في سبيل تنفيذ واجباتهم استعمال القوة دون استعمال السلاح وذلك بالقدر اللازم وبشرط أن تكون القوة هي الوسيلة الوحيدة لذلك".

الفرع الثالث
جعل واقعة غير صحيحة في صورة واقعة صحيحة من قبل الموظف العام

نصت المادة ٢٥٧ من قانون الجزاء على وقوع التزوير من قبل الموظف العام أيضاً متى قام بإثبات واقعة على غير حقيقتها بقولها: "يقع التزوير أيضاً إذا غير الشخص المكلف بكتابة المحرر معناه أثناء تحريره بإثباته فيه واقعة غير صحيحة على أنها واقعة صحيحة".

إن هذا الفعل الصادر من الموظف العام المكلف بكتابة المحرر هنا هو أحد أشكال التزوير، وبشكل أكثر تحديداً يعد أحد طرق التزوير المعنوي التي حرص على تجريمها المشرع الجزائي الكويتي، والشرط المفترض في هذه الجريمة هو صفة الجاني والتي يجب أن تكون متوافرة قبل قيام الجريمة، وتستمر كذلك إلى أن تنتهي الجريمة، فالفاعل أو الجاني في هذه الجريمة هو الموظف العام.

يتمثل السلوك المكون لهذه الجريمة بقيام الموظف العام المكلف بكتابة المحرر بتغيير إقرارات أولي الشأن، بأن يغير مضمون ما يملى عليه من أصحاب الشأن من بيانات، وذلك بجعل واقعة غير صحيحة في صورة واقعة صحيحة، أو جعل واقعة غير معترف بها في صورة واقعة معترف بها[٤٨]، فتقوم الجريمة في حق الموظف العام - المعني في دراستنا - والذي قد يكون أحد موظفي وزارة الصحة العامة المخولين من قبلها أو أحد الأطباء أو الهيئة التمريضية المخولين من قبل وزير الصحة أو غيرهم ممن يعينهم لهذا الغرض بعدة صور، فيمكن أن يقوم هذا الموظف هنا بتدوين عدم سماح شاغلي المسكن بدخوله لأنه ببساطة لا يريد القيام بواجبه، أو يقوم بتدوين تاريخ دخول غير التاريخ الحقيقي الذي قام به لمسكن هذا الفرد، وينسحب كذلك على تغييره لوقت هذا الدخول، وقد يقرر أيضاً أن يدون أنه قام بفحص المريض والمخالطين له مما يؤكد خلوهم من الإصابة بعدوى كورونا (كوفيد-١٩)، ويمكنه كذلك تسجيل عدم وجود أعراض هذا المرض على الأفراد شاغلي المكان، في حين أن أحدهم يعاني منها، أو أن يكتب بتعقيم المكان وتطهيره ولم يقم فعلياً بذلك تعمداً منه.

هذه الجريمة تعد من الجرائم العمدية المرتكبة من الموظف العام، لذلك تطلب

(٤٨) انظر: د. غنام محمد غنام ود. فيصل الكندري، شرح قانون الجزاء الكويتي- القسم الخاص، الطبعة الأولى، الكويت، ٢٠٠٦، ص ٩٣.

المشرع لنهوضها وجود الركن المعنوي المتمثل بالقصد الجنائي المتمثل بعلم الموظف بأنه يقوم بجعل واقعة غير صحيحة في صورة واقعة صحيحة، وانصراف إرادته للقيام بهذا الفعل عمداً. وكبقية جرائم التزوير، لم يكتفِ المشرع بوجود القصد الجنائي العام لقيامها، بل تطلب وجود قصد جنائي خاص وهو نية استعمال هذا المحرر المزور.

شدد المشرع الجزائي العقوبة على مرتكب جريمة التزوير في محرر رسمي متى كان هذا الأخير موظفاً عاماً وقام بإثبات البيانات التي غيرت الحقيقة فيها، وجعلها: "الحبس مدة لا تجاوز عشر سنوات، ويجوز أن تضاف إليها غرامة لا تجاوز (٧٥٠ ديناراً) عشرة آلاف روبية"[٤٩].

الفرع الرابع
انتحال الوظيفة وصفة الموظف العام

ادعاء المنتحل كذباً بأنه موظف عام، وأن ما يقوم به من أعمال إنما هي أعمال داخلة في وظيفته كموظف عام؛ فقد جرّم المشرع الجزائي هذا الانتحال الوظيفي في الباب الثاني من قانون الجزاء تحت مسمى "الجرائم المتعلقة بأعمال الموظفين العامين" وذلك في المادة ١٢٦ منه التي تنص على معاقبة " كل من ادعى أنه موظف عام، وقام بناء على هذه الصفة الكاذبة، بعمل يدخل في اختصاص الموظف الذي انتحل صفته، أو دخل مكاناً لا يسمح لغير هذا الموظف بدخوله".

يمكن أن يتحقق السلوك المكون للركن المادي بانتحال وظيفة عامة في الفرضية محل الدراسة، وذلك بزعم أحد الأشخاص على غير الحقيقة بأنه من موظفي وزارة الصحة المخولين من قبلها بمن فيهم الأطباء والممرضون المخولون من وزيرها، فيقوم بدخول مساكن الأشخاص بشكل غير قانوني أو يدعي كذباً أنه من هؤلاء الموظفين وأنه مخول من وزارة الصحة للقيام بأعمال تعقيم المنزل وتطهيره بما معه من مطهرات، فيدخل مساكن الأفراد لهذا الغرض الكاذب.

وتتحقق الجريمة أيضاً ممن ينتحل صفة موظف عام بزعمه كذباً بأنه من رجال قوة الشرطة المستعان بهم لمساعدة موظفي وزارة الصحة المخولين من قبلها للقيام

---

(٤٩) الفقرة الثانية من المادة ٢٥٩ من قانون الجزاء الكويتي.

بعملهم، وقام بناءً على هذه الصفة الكاذبة بممارسة كل ما يحق لقوات الشرطة القيام به من واجبات وظيفية(٥٠).

وتكتمل أركان هذه الجريمة، كبقية الجرائم، بوجود الركن المعنوي المتمثل بالقصد الجنائي؛ لأن هذه الجريمة عمدية، فمن يقوم بانتحال وظيفة موظف عام يجب أن يعلم بذلك وتكون إرادته منصرفة للقيام بهذا السلوك المجرم.

ردع المشرع الجزائي الكويتي منتحل الوظيفة العامة إذا ادعى أنه موظف عام وقام بناءً على ادعائه المخالف للحقيقة بعمل يدخل في اختصاص الموظف الذي انتحل صفته، أو دخل مكاناً لا يسمح لغير هذا الموظف بالدخول إليه بعقابه: "بالحبس مدة لا تجاوز سنتين وبغرامة لا تجاوز (١٥٠ ديناراً) ألفي روبية أو بإحدى هاتين العقوبتين".

الفرع الخامس

امتناع الطبيب عن التبليغ عن وجود شخص مصاب أو مشتبه بإصابته بفيروس كورونا

ألزم المشرع الجزائي الطبيب الذي يقوم بفحص أي شخص فيتبين له إصابة هذا الأخير بأي مرض سارٍ بوجوب التبليغ فوراً عن هذا المرض في غضون ٢٤ ساعة إلى أقرب مركز للصحة الوقائية، وأساس هذا الواجب هو المادة الثانية من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية والتي نصت على أهمية هذا التبليغ بقولها: "إذا أصيب شخص أو اشتبه في إصابته بأحد الأمراض السارية، وجب الإبلاغ عنه خلال مدة ٢٤ ساعة إلى أقرب مركز للصحة الوقائية، كما يجب التبليغ بالطريقة نفسها عن حاملي جراثيم الأمراض التي

(٥٠) لو قام هذا الجاني المدعي كذباً بأنه موظف عام بناءً على هذه الصفة الكاذبة بعمل أحد اختصاصات هذا الموظف، واستخدم ما تستخدمه هذه الطائفة من زي أو علامة تميزها عن غيرها وتجعل من يراه يعتقد أنه منها، سواء قصد الحصول على مزايا معينة أو الإضرار بأحد أم لم يقصد ذلك، فإن هذا الجاني هنا سيسأل وفقاً للمادة ١٢٦ من قانون الجزاء الكويتي، بالإضافة إلى المادة ١٢٧ من القانون نفسه والتي تنص على الآتي: "كل من اتخذ لنفسه زياً أو علامة تتميز بها طائفة من الموظفين، قاصداً بذلك الحصول على مزايا لا حق له فيها أو الإضرار بأحد الأفراد، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تجاوز (٧٥ ديناراً) ألف روبية أو بإحدى هاتين العقوبتين. فإن لم يكن هذا القصد متوافراً لديه، كانت العقوبة الغرامة التي لا تجاوز(٢٢،٥٠٠ دينار) ثلاثمائة روبية".

يصدر بها قرار من وزير الصحة العامة". وتبعتها المادة ٣ من ذات القانون بتحديد الأشخاص الذين يقع عليهم عبء التبليغ بقائمة تصدرها "أ - الطبيب الذي قام بالكشف على المريض"(٥١).

يقوم الركن المادي لهذا النوع من الجرائم على سلوك سلبي يتمثل بالامتناع عن القيام بعمل أوجبه القانون.

وعليه قد تقع هذه الجريمة - في الفرضية محل بحثنا - من خلال قيام الطبيب المخول من قبل وزارة الصحة بدخول المسكن للقيام بما يستوجبه عمله كالبحث عن المرضى والمخالطين وفحصهم، فتتبين إصابة أحدهم أو الاشتباه بإصابة أحدهم بعدوى فيروس كورونا المستجد المسمى بكوفيد-١٩، فيمتنع متعمداً عن إبلاغ مركز الصحة الوقائية التابع لوزارة الصحة عن هذه الإصابة أو الاشتباه، مخالفاً أحكام القانون بضرورة التبليغ.

عاقب المشرع الطبيب الذي يقوم بالامتناع العمدي عن التبليغ هنا في الفقرة الأولى من المادة ١٧ بالتالي: "١- كل مخالفة لأحكام هذا القانون أو للقرارات المنفذة له، يعاقب مرتكبها بالحبس مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر، وبغرامة لا تزيد على خمسة آلاف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين..".

وأخيراً، إذا ارتكب الموظف العام ممثل السلطة جريمة واحدة من هذه الجرائم يعاقب وفقاً للعقوبة المنصوص عليها في المادة التي خالفها، ولكنه قد يرتكب أكثر من جريمة من الجرائم التي تناولناها فنكون أمام تعدد مادي وحقيقي للجرائم؛ لأن كل جريمة تم عرضها هنا مستقلة في عناصرها وأركانها القانونية بما فيها عقوبتها عن الجريمة الأخرى. وعليه متى ارتكبت هذه الجرائم لتحقيق غرض إجرامي واحد فإننا نكون أمام تعدد حقيقي للجرائم مع وجود ارتباط لا يقبل التجزئة بين تلك الجرائم، فلن توقع عليه إلا عقوبة أصلية واحدة وهي عقوبة الجريمة الأشد.

---

(٥١) نصت المادة ٣ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ على أن: "المسؤولون عن التبليغ المشار إليه في المادة السابقة هم على الترتيب الآتي: أ- الطبيب الذى قام بالكشف على المريض ب- أقارب المريض البالغين ذكوراً أو إناثاً المقيمون معه في المنزل نفسه أو الذين اتصلوا به أثناء المرض، ويكون ترتيبهم في مسؤولية التبليغ بحسب درجة قرابتهم له ج- الشخص الذي يقطن مع المريض في سكن واحد بغض النظر عن قرابته له د- صاحب الفندق أو المطعم أو المصنع أو القائم بإدارته وناظر المدرسة أو المشرف على القسم الداخلي فيها إذا حدثت الإصابة في أحد هذه المحلات أو أي محل عام آخر من هذا القبيل".

الخاتمة:

تطرقنا في هذا البحث إلى حق الفرد في حرمة المسكن، وما يمكن أن ينشأ عن دخول ممثلي السلطة العامة لمسكن هذا الفرد من انتهاك مجرم لهذا الحق وفقاً لقانون الجزاء الكويتي كأصل عام، كما تناولنا فيه الحالات التي سمح المشرع فيها بدخول مسكن الأفراد من قبل ممثلي السلطة المخولين للقيام بأعمال طبية ووقائية معينة لمنع انتشار الأوبئة والأمراض السارية كفيروس كورونا المستجد استثناءً للأصل، ووفقاً للقانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ المتعلق بالاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية، ومن جهة أخرى عرضنا الأساس القانوني لدخول مسكن الفرد القانوني في هذه الحالة باعتبار أن الموظف هنا قد قام به استعمالاً للسلطة الوظيفية المستمدة من القانون، أو تنفيذاً لأمر يجب طاعته باعتباره سبباً من أسباب الإباحة، وأخيراً وضحنا ما يمكن أن يترتب على دخول المسكن في حالة وجود مرض سارٍ من سلوكيات مجرمة صادرة من الفرد شاغل المسكن، أو صادرة من ممثل السلطة تثير مسؤولية هؤلاء الجزائية.

وقد خلصت دراستنا إلى مجموعة من النتائج التي تضمنت إجابات عن التساؤلات المطروحة في إشكالية البحث، وخرجنا منها كذلك بعدد من التوصيات التي يرى الباحث أهميتها، ومن أهم هذه النتائج:

١ – حمى المشرع الجزائي الكويتي حق الفرد في حرمة المسكن، وجرّم دخول المساكن غير القانوني، واعتبره انتهاكاً واعتداءً على هذا الحق.

٢ – إن دخول مساكن الأفراد من قبل ممثلي السلطة في حالة وجود مرض سارٍ كفيروس كورونا يعتبر استعمالاً للسلطة وفقاً للقانون، أو تنفيذاً لأمر يجب طاعته باعتباره سبباً من أسباب الإباحة وليس حالة ضرورة كمانع للمسؤولية الجنائية.

٣ – حدد المشرع الجزائي الكويتي في قانون الأمراض السارية أحوال دخول مساكن الأفراد من قبل الموظفين المخولين، والأعمال التي يجب عليهم القيام بها.

٤ – إن مدلول "الموظف العام" غير ثابت ومتفاوت في نصوص قانون الجزاء وتعديلاته والقوانين الملحقة به، ولكن المشرع في نصوص قانون الأمراض السارية كان أكثر وضوحاً ودقة في تحديد هذا المفهوم.

٥ – قد يترتب على الدخول القانوني لممثلي السلطة مسكن الفرد وفقاً لقانون الأمراض السارية ارتكاب عدة سلوكيات وأفعال مجرمة تثير المسؤولية الجزائية للفرد شاغل المسكن ولممثل السلطة.

٦ - نجح المشرع الجزائي الكويتي في تحقيق التوازن والتوفيق بين المصالح المتناقضة، أي بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع حتى في حالة وجود مرض سارٍ.

التوصيات:

١ - نوصي المشرع الجزائي الكويتي بأن يحد قدر المستطاع من الدخول لمساكن الأفراد وتقييده واستبداله بطرق أخرى كاستدعاء المرضى والمشتبه بهم إلى مكان العزل مباشرة أو المستشفى المختص للقيام بفحصهم على سبيل المثال.

٢ - ندعو المشرع الجزائي الكويتي لوضع آلية للدخول القانوني لمساكن الأفراد في حالة وجود مرض سار كفيروس كورونا وتحديد إجراءاته بشكل صريح وبأسلوب أكثر وضوحاً مما هو عليه.

٣ - توعية المجتمع بدور دخول مساكن الأفراد والقيام بالأعمال الصحية من فحص وتعقيم وغيرها في منع انتشار فيروس كورونا كمرض سارٍ، وأهميته في الكشف السريع عن المرضى والمشتبه بهم والمخالطين لهم، مع ضرورة بيان حدود الموظف في هذا الدخول لمعرفة حقهم وعدم استغلال الموظف للوظيفة العامة.

٤ - نوصي المشرع الجزائي الكويتي بأن يواكب التطور التكنولوجي للقيام بالأعمال التي يمكن الاستعاضة بها عن دخول مسكن الفرد لمعرفة حالة المريض الصحية، وكل ما يتعلق بالتزامه بالحجر الصحي كاستخدام التطبيقات في الأجهزة الإلكترونية.

٥ - ندعو المشرع الجزائي الكويتي إلى توحيد وتحديد مفهوم "الموظف العام" في نصوص قانون الجزاء وتعديلاته والقوانين الملحقة به.

المصادر والمراجع

أولاً - المؤلفات العامة:

- أحمد فتحي سرور، أصول قانون العقوبات- القسم العام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢.
- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
- إيهاب عبد المطلب، الموسوعة الحديثة في شرح قانون الجزاء الكويتي-المجلد الأول، المنهل، ٢٠١٥.
- جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، مطبعة دار الكتاب، المصرية، ١٩٣٢.
- سمير الشناوي، النظرية العامة للجريمة والعقوبة في قانون الجزاء الكويتي- دراسة مقارنة، الكتاب الأول، الكويت، مطبعة وزارة الداخلية- كلية الشرطة، ٢٠٠١-٢٠٠٢.
- طارق إبراهيم الدسوقي عطية، شرح الأحكام العامة في قانون الجزاء الكويتي- القسم العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٩.
- عبد المهيمن بكر سالم، الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي- القسم الخاص، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٣.
- علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات- القسم العام، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٨.
- غنام محمد غنام ود. فيصل الكندري، شرح قانون الجزاء الكويتي- القسم الخاص، الطبعة الأولى، الكويت، ٢٠٠٦.
- فاضل نصر الله وأحمد السماك، شرح قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي، الطبعة الثانية، ٢٠١٠-٢٠١١.
- فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، ٢٠٠٦.
- كامل السعيد، شرح قانون العقوبات- الجرائم المخلة بالمصلحة العامة، دار الثقافة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٩.

- محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات- القسم الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠.
- محمد عبد اللطيف عبد العال، النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجنائية في قانون الجزاء الكويتي، مجلس النشر العلمي، ٢٠١٥.
- محمود صالح العادلي، الموسوعة الشاملة في شرح قانون العقوبات، النجم للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠٠.
- محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات-القسم العام، الطبعة التاسعة، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٧٤.
- مصطفى مجدي هرجة، التعليق على قانون العقوبات في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، ١٩٩١-١٩٩٢.

ثانياً - البحوث والرسائل الجامعية:

- العاقل غريب أحمد، جرائم الإهانة والقذف والسب- معلقاً عليها بأحكام محكمة النقض المصرية والمحكمة الإدارية، بحث منشور على الموقع الرسمي للنيابة الإدارية المصرية.
- عبد الرحمن إبراهيم الحوطي، نطاق تجريم تزوير الشهادات والتقارير الطبية في القانون الأردني والكويتي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٢.
- فضيلة سلامي، حماية حرمة المسكن في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة بويرة، ٢٠١٣.
- مأمون محمد سلامة، جرائم الموظفين ضد الإدارة العامة في ضوء المنهج القانوني، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة ٣٩، ١٩٦٩، ص١٥٧.
- ممدوح خليل العاني، حماية الحياة الخاصة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٣.

ثالثاً - المقالات العربية المنشورة على شبكة الإنترنت:

- علي إسماعيل الجاف، الإدارة ليست علماً وإنما فناً... البديل ليس كالأصيل (الإنترنت)، ٢ نوفمبر ٢٠١٢، شبكة تللسقف، تاريخ الزيارة ٢٨ إبريل ٢٠٢٠، متاح من خلال الرابط التالي:
http://www.tellskuf.com/index.php?option=com_content&view=article&id=24024:aa&catid=436:al&Itemid=45

- مروة أبو العلا، المفهوم الجنائي للموظف العام في القانون المصري (الإنترنت)، ١٩ أغسطس ٢٠١٧، شبكة محاماة نت، تاريخ الزيارة ١ مايو ٢٠٢٠، متاح من خلال الرابط التالي:
https://www.mohamah.net/law/%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%81%D9%87%D9%88%D9%85-%D8%A7%D9%84%D8%AC%D9%86%D8%A7%D8%A6%D9%8A-%D9%84%D9%84%D9%85%D9%88%D8%B8%D9%81-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%A7%D9%85-%D9%81%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86/
- منى المتيم، ماذا يقصد بالديوانية في المجتمع الكويتي؟ (الإنترنت)، ٩ فبراير ٢٠١٧، شبكة المرسال، تاريخ الزيارة ٢٧ إبريل ٢٠٢٠، متاح من خلال الرابط التالي: https://www.almrsal.com/post/449578

رابعاً – المجموعات القضائية:

- محكمة التمييز الكويتية، الدائرة الجزائية، جلسة ٥ مايو ١٩٧٥، طعن رقم ١٩٧٥/٨.
- محكمة التمييز الكويتية، الدائرة الجزائية، جلسة ٢٠ ديسمبر ١٩٨٢، طعن رقم ١٩٨٢/١٩٠.
- محكمة التمييز الكويتية، الدائرة الجزائية، جلسة ٢٥ سبتمبر ٢٠٠١، طعن رقم ٢٠٠١/٧٢.
- محكمة التمييز الكويتية، الدائرة الجزائية، جلسة ٦ يوليو ٢٠٠٥، طعن رقم ٢٠٠٤/٦٥٦.
- محكمة التمييز الكويتية، الدائرة الجزائية، جلسة ١٢ يوليو ٢٠٠٥، طعن رقم ٢٠٠٥/٢٤١.
- محكمة التمييز الكويتية، الدائرة الجزائية، جلسة ١٨ يناير ٢٠١١، طعن رقم ٢٠٠٩/٥١٠.

The criminal right of the public authority to enter housing to fight the spread of the Corona pandemic

Dr. Dalal Khalid Alsaif

The novel Coronavirus (COVID-19) is posing a great threat on peoples' livelihoods without exception. In a bid to tackle the deadly virus's impacts, the State of Kuwait enacted a number of laws pertaining means to address infectious diseases, which grant the Minister of Health the authority to delegate ministry personnel & enable them to enter (individual) households with the sole purpose of inspecting/testing them for the pandemic. Now, should the house entry takes place; we are faced by two conflicting interests: protection of personal property & the overall protection of society.

This study aims at displaying & comparing the most relevant & subjective penalties laid by the law concerning a pandemic-related situation & acts that would turn criminal if occurred. It also discusses penal liability resulting from the entry by the concerned authority representative, as well as the penal liability of the house's occupant.

الآثار القانونية لقرارات السلطة العامة الصادرة لمواجهة جائحة كورونا على عقد الإيجار التجاري(١)

الدكتور/ فارس محمد العجمي
كلية الدراسات التجارية
الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب
دولة الكويت

ملخص:

تتمثل أهداف البحث في النظر في آثار قرارات السلطة العامة على عقود إيجار المحال والمكاتب التجارية، ومحاولة البحث عن الحلول الودية والقانونية لمعالجة تلك الآثار.

وقد اتبع الباحث في هذه الدراسة المنهج التحليلي، حيث اللجوء إلى نصوص القانون ذات العلاقة، وتحليلها ومن ثم إسقاطها على واقع عقود إيجار المحال والمكاتب التجارية، والنظر إلى تطبيقات القضاء لتلك النصوص، وآراء الفقه بشأنها.

وقد قسم الباحث هذه الدراسة إلى ثلاثة أجزاء، يعرض في أولها إلى الحلول الودية للمتعاقدين لمواجهة آثار قرارات السلطة العامة بإغلاق المحال التجارية، بينما خصص الثاني لمعالجة أثار هذه القرارات بالنسبة للمحال والمكاتب التجارية التي لحق الانتفاع بها نقص كبير، وخصص الجزء الأخير للنظر في معالجة الحالات التي تنعدم فيها منفعة المستأجر مؤقتاً من المحل أو المكتب التجاري.

وقد توصل الباحث إلى بعض النتائج، كان أهمها؛ أن هناك بعض جوانب القصور التشريعي في القانون المدني والتجاري الكويتي، كما أن الجهات مصدرة قرارات السلطة العامة في شأن تنظيم إغلاق المحال والمكاتب التجارية، لم تلتزم بشأنها بالإجراءات المرسومة قانوناً.

وبناء عليه أوصى الباحث بوجوب تدخل المشرع الكويتي لمعالجة آثار قرارات السلطة العامة التي تصدر بناء على جائحة عامة بصورة تحقق التوازن الاقتصادي في عقود الإيجار للمحال والمكاتب التجارية، وتعالج المشكلات التي أظهرها الواقع العملي.

المصطلحات العلمية: استحالة مؤقتة – وقف العقد – المنفعة – الاتفاقات الخاصة – إنقاص الأجرة.

---

(١) بصدور قرار وزير الصحة العامة رقم ٢٠٢٠/٦٤ الصادر في ٢٠٢٠/٣/١٨، والمنشور في الجريدة الرسمية، ملحق ١ للعدد ١٤٨٨، السنة ٦٦، بتاريخ ٢٠٢٠/٣/١٩، تمت إضافة فيروس كورونا المستجد (covid-19) إلى الجدول الملحق بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية، واعتباره من الأمراض السارية والوبائية.

المقدمة:

كان لانتشار جائحة كورونا المستجد (covid 19)[٢] في العالم مطلع العام الحالي، تأثير كبير على اقتصادات الدول[٣]، وقد تأثرت دولة الكويت بصورة غير مسبوقة جراء هذه الجائحة، مما دعا السلطات العامة لاتخاذ إجراءات احترازية واستباقية متشددة لمواجهة انتشار الوباء، فتم تعطيل الوزارات والمؤسسات الحكومية، وتعطيل غالبية الأعمال في القطاع الخاص، حيث طال الإغلاق غالبية الأنشطة التجارية، من مجمعات وأسواق ومحال ومكاتب تجارية، وصدرت قرارات بحظر التجول جزئياً، وما لبث أن تحول إلى حظر كلي للتجول.

كما توقفت حركة السفر والطيران، وأغلقت المنافذ البرية والبحرية بصورة شبه كلية، وتوقفت حركة وسائل النقل الداخلية من سيارات وحافلات عامة، تفادياً لانتشار الوباء.

وقد أدت تلك القرارات والإجراءات إلى شل حركة الاقتصاد الكويتي، وانعكست آثار ذلك على كل من يعمل في الوسط التجاري، مستثمراً كان أو عاملاً، كما انعكس ذلك على العلاقات القانونية بين المتعاملين في هذا الوسط.

وقد تفاوت أثر قرارات السلطة العامة الصادرة لمواجهة الجائحة على العقود التجارية - ومنها عقود إيجار المحال والمكاتب التجارية - بين عقود لم تتأثر بتلك القرارات، حيث استمر تنفيذها دون أية عوائق، وبين عقود تأثرت بصورة جزئية بتلك القرارات، في حين أدت هذه القرارات إلى توقف كلي في تنفيذ بعض العقود التجارية.

وقد دفع ذلك كثير من المختصين، للبحث في التكييف القانوني لجائحة كورونا،

---

(٢) ونشير إليها بالجائحة في هذا البحث.

(٣) وقد لجأت غالبية دول العالم لاتخاذ إجراءات مشددة في مواجهة الجائحة، حيث أغلقت جراء ذلك مراكز الترفيه ومراكز اللياقة البدنية والمتاحف وصالات العرض، ودور السينما والمسارح والمطاعم والمقاهي وغيرها، وقد كان لذلك أثر سلبي على الالتزامات التعاقدية التي أبرمت بشأن الأماكن سالفة الذكر، حيث أصبح بعضها مستحيلاً، وكان بعضها الآخر أقل تأثراً بذلك، راجع في ذلك:

Teresa Torcasio, Basimah Memon,, Zoe Vise, " Coronavirus and commercial contracts - No force majeure clause? Can the doctrine of ‘‘Frustration’’ assist?", hwlebsworth, (26/3/2020),. (last visited May. 2, 2020).

See also: Michael Wray, Svetlana Sumina, Chris Hart, "The COVID-19 Pandemic and the Contractual Force Majeure Landscape",HFW, (March 2020. last visited May. 4, 2020.

ومحاولة رد هذه الجائحة للنظام القانوني المناسب، وما إذا كانت تعتبر من قبيل القوة القاهرة، أم أنها تدخل في نطاق نظرية الظروف الطارئة الاستثنائية، أم أنها تخرج عما سبق لتدخل تحت تنظيم قرارات السلطة العامة(٤).

بالنظر إلى العقود التجارية التي استحال تنفيذها(٥) بسبب صدور قرارات السلطة العامة، فإن تلك القرارات تعتبر – والحال كذلك – من قبيل القوة القاهرة(٦).

أما إذا ما نظرنا من زاوية أخرى إلى العقود التجارية التي أصبح تنفيذها مرهقاً للمدين، فنجد أن المشرع الكويتي يطبق عليها أحكام نظرية الظروف الطارئة، والتي تقضي بأنه إذا حدث بعد إبرام العقد، وقبل تمام تنفيذ الالتزام، حادث استثنائي عام، لم يكن في الحسبان ولم يكن في الوسع توقعه عند التعاقد، وكان من شأنه أن أصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، فإنه يجوز للقاضي في هذه الحالة بناء على طلب المدين وبعد الموازنة بين مصالح المتعاقدين، أن ينقص من التزام المدين أو يزيد في مقابله، بما يحقق مصلحة المتعاقدين بعدالة(٧).

وبتطبيق ذلك على الوقائع التي تأثرت بالجائحة، والتي انتشرت بصورة غير متوقعة(٨)، فإننا نجد أن كثيراً من العقود التجارية أصبح تنفيذها مرهقاً

---

(٤) الواردة في المادة ٥٨١ من القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠، المنشور في جريدة الكويت اليوم، العدد ١٣٣٥، بتاريخ ١٩٨١/١/٥، ونشير له في هذا البحث بـ (مدني كويتي)، وسيلي بيانها تفصيلاً في البحث.

(٥) ونقصر النظر في هذا البحث - على ما سيلي تفصيلاً - على الاستحالة الكلية المؤقتة.

(٦) يدعم القضاء الكويتي هذا الاتجاه بصورة واضحة، وسيلي بيان ذلك في البحث.
وعلى صعيد متصل يذهب البعض بحق إلى أنه يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، أن يكون التزام المدين مرهقاً، أما إن استحال تنفيذه لالتزامه، فإن ذلك يكون مدعاة لتطبيق نظرية القوة القاهرة:
Philippe Stoffel-Munck,L'imprévision et la réforme des effets du contrat, Lextenso Revue des contrats, colloque du 16 Février 2016, France, avril 2016, P:31.

(٧) المادة ١٩٨ مدني كويتي.

(٨) يرد جانب من الفقه على من يدعي أن وباء كورونا يعد حدثاً متوقعاً، بالنظر إلى الأوبئة السابقة، إلى أن الزلازل والأعاصير تعد قوة قاهرة، وأحداثاً غير متوقعة على الرغم من تكرارها، راجع:
Seng Hansen, "Does the COVID-19 Outbreak Constitute a Force Majeure Event? A Pandemic Impact on Construction Contracts", Journal of Civil Engineering Forum, Universitas Gadjah Mada, Vol.6, No.2, May 2020,:p:208-209.

للمدين[٩]، بما يسوغ معه طلب اللجوء إلى القضاء لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد، برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

كما أن هناك عقوداً تجارية أصبح تنفيذها مستحيلاً بصورة مطلقة ودائمة، وأخرى أصبح تنفيذها مستحيلاً بصورة مؤقتة، فتواجه الأولى خطر الفسخ، بينما يمكن في الثانية وقف تنفيذ العقد مؤقتاً.

ويعتقد الباحث أن هذه الجائحة تخضع إلى النظريتين معاً، والمعيار المرشد في خضوعها لأي منهما هو مدى تأثير الجائحة على تنفيذ العقد، فإذا ترتب عليها أن أصبح تنفيذه مرهقاً لأحد المتعاقدين، فإن الجائحة تعتبر - والحال كذلك - من قبيل الظروف الطارئة، ويطبق عليها الحكم الوارد في المادة ١٩٨ مدني كويتي.

أما إذا ترتب على الجائحة استحالة تنفيذ العقد، فإن الجائحة تعد في مثل هذه الأحوال قوة قاهرة[١٠]، وتطبق عليها الأحكام الخاصة الواردة في القانون المدني.

وتلزم الإشارة في هذا السياق إلى أن الظرف الطارئ أو القوة القاهرة، قد لا يكون هو ذاته المقصود بالجائحة - وإن كان سبباً لها - حيث تتمثل الجائحة بقرارات السلطة العامة التي صدرت لمواجهتها، وقرارات السلطة العامة، قد تصدر لمواجهة قوة قاهرة أو ظروف طارئة، كما أنها قد تصدر مستقلة عن ذلك كله.

ونخلص مما تقدم بأن جائحة كورونا وما نجم عنها من آثار وما ترتب عليها من صدور قرارات حكومية غير عادية، تعد من قبيل القوة القاهرة[١١]، ويطبق عليها نص

---

(٩) (Cheryl Gayer, Dominic Green, " Coronavirus (Covid-19) and Commercial Contracts: Unable to perform contractual obligations? Force majeure clauses, frustration or variation could help", lexology, (17/3/2020).
(last visited May. 1, 2020).

(١٠) في ذات الاتجاه انظر:
nci Karc?l?o?lu, Maral Anna Minasyan and Bü?ra Mollaahmeto?lu, "Coronavirus: An Evaluation Of Possible Legal Consequences Of The Pandemic And Related Practices", mondaq,(29/3/2020), https://www.mondaq.com/turkey/employee-benefits-compensation/909562/coronavirus-an-evaluation-of-possible-legal-consequences-of-the-pandemic-and-related-practices.)last visited April. 15, 2020.
مع وجوب التنويه إلى أن الحكم يختلف بين حالة الاستحالة الدائمة والاستحالة المؤقتة.

(١١) يرى البعض أن تصنيف كوفيد ١٩ على أنه "جائحة" من قبل منظمة الصحة العالمية سيؤدي إلى إطلاق تطبيق شرط القوة القاهرة الذي يغطي نتائج كوفيد ١٩:
H. Christopher Boehning, and others, "Force Majeure Under the Coronavirus (COVID-19) Pandemic", paul| Weiss, (March 16, 2020),
lhttps://www.paulweiss.com/,edia/3979438/16mar20-updat5e-force-majeure.pdf. (ast visited April. 25, 2020).

المادتين ٢١٥، ٤٣٧ مدني كويتي بحسب الأحوال، كما تخضع لحكم المادة ٥٨١ مدني كويتي في بعض العقود الخاصة، في حين تعد بمثابة ظروف طارئة ويحكمها نص ١٩٨ من القانون المدني الكويتي في بعض الحالات الأخرى، ومرجع ذلك كله طبيعة العقد، والأثر الذي تلقيه الجائحة على تنفيذ العقد على نحو ما سبق بيانه.

ويقصر الباحث نطاق دراسته على موضوع الآثار القانونية لقرارات السلطة العامة الصادرة بسبب جائحة كورونا على عقود إيجار المحال والمكاتب التجارية، وعليه فإنه يخرج عن نطاق البحث الشروط العامة لنظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة، حيث إن تركيز الدراسة على قرارات السلطة العامة وبما يتضمنه من التعرض أحياناً للنظريتين سالفتي الذكر، كما يخرج عن نطاق البحث بقية العقود التجارية الأخرى، بالإضافة إلى عقد الإيجار السكني(١٢).

وفيما يلي يبين الباحث أهمية الموضوع ومشكلة البحث وأهدافه والمنهج الذي اختاره له:

أولاً – أهمية الموضوع:

يمكن إيجاز أهمية بحث هذا الموضوع في النقاط التالية:

١ – إن الموضوع ذو صلة مباشرة بالواقع العالمي بصورة عامة، والمحلي بصورة خاصة، وقد تأثرت غالبية عقود الإيجار التجاري سلباً، جراء صدور قرارات السلطة العامة الاحترازية.

٢ – لما كانت عقود الإيجار التجاري، تمثل عنصراً مهماً لممارسة العمل التجاري في الكويت، فإن الجهود – ومنها البحثية – يجب أن تتعاضد لاقتراح سبل معالجة الآثار التي لحقت بتلك العقود بسبب الجائحة.

٣ – لم يسبق أن تعرضت الكويت لجائحة مماثلة من حيث تنوع الآثار، ويظهر ذلك على

---

(١٢) تنص المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ١٩٧٨/٣٥ في شأن إيجار العقارات الصادر بتاريخ ١٩٧٨/٧/٢٢، والمنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم ١٢٠٢ بتاريخ ٢٣ يوليو ١٩٧٨، على أنه: "تسري أحكام هذا القانون على العقارات، بما في ذلك الأراضي الفضاء المؤجرة للسكن أو لغير ذلك من الأغراض، وتستثنى من ذلك الأراضي الزراعية.
وإذا اشتمل العقد على شروط جوهرية غير مألوفة في الإيجار العادي، أو كان القصد منه مجرد المضاربة لتحقيق ربح مادي، أو وقع العقد على عين وما تحتويه من أموال تفوق في أهميتها العين المؤجرة، بحسب قصد المتعاقدين والغاية من الإيجار، فتسري أحكام قانون التجارة أو غيرها على حسب الأحوال..... ".

العقود التجارية بصورة عامة، كما أن لعقد الإيجار التجاري نصيباً كبيراً من ذلك، يمكن ملاحظته من خلال الأحكام التي تطبق عليه.

٤ - يطرق البحث باب نظرية وقف تنفيذ العقد بصورة مؤقتة، كأحد الحلول القضائية، غير المنظمة تشريعياً، وغير المطروقة بتوسع في الفقه العربي، سوى ما تعلق منها بعقد العمل.

ثانياً – مشكلة البحث وأهدافه:

تتمثل مشكلة البحث الرئيسية في أن مستأجري المحال والمكاتب التجارية يواجهون وضعاً خطيراً جراء الجائحة؛ حيث إن بعضهم مطالبون بسداد الأجرة كاملة، أو مواجهة خطر الإخلاء من المأجور، على الرغم من نقص المنفعة بشكل كبير أو انعدامها، كما تقف النصوص التشريعية عاجزة في بعض الأحيان، عن معالجة بعض الأوضاع الخاصة، ومما يزيد الوضع تعقيداً هو حاجة المستأجرين إلى الحلول عاجلة، في ظل توقف العمل في المحاكم.

ويهدف الباحث من خلال هذه الدراسة إلى البحث عن الخيارات الودية لمواجهة الجائحة وإظهارها، ثم تسليط الضوء على آثار الجائحة على عقود الإيجار التجاري، وبحث الحلول القانونية المناسبة لكل نوع منها.

ثالثاً – منهج البحث:

من حيث إن منهج البحث غالباً ما تمليه طبيعة الدراسة، ولما كان الموضوع الماثل يتطلب بصورة رئيسية تحليل النصوص القانونية ذات العلاقة، والنظر في أحكامها، واستعراض آراء الفقهاء بشأنها ومناقشتها، فإن المنهج التحليلي يعد الأكثر ملاءمة لمثل هذه الدراسة.

وبناء على ما تقدم فإن الباحث يقوم بدراسة موضوع الآثار القانونية لقرارات السلطة العامة الصادرة لمواجهة جائحة كورونا على عقد الإيجار التجاري(١٣)، وذلك من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: اتفاقات المتعاقدين الودية لمعالجة آثار الجائحة

المبحث الثاني: المحال والمكاتب التجارية التي لحق الانتفاع بها نقص كبير (الإغلاق الجزئي)

المبحث الثالث: المحال والمكاتب التجارية التي انعدم الانتفاع بها بسبب الجائحة (الإغلاق الكلي)

(١٣) ومثاله الرئيسي في البحث الماثل، عقود إيجار المحال والمكاتب التجارية.

المبحث الأول
اتفاقات المتعاقدين الودية لمعالجة آثار الجائحة

لما كان اللجوء إلى القضاء يتضمن في ذاته أعباءً إضافية من الوقت والجهد والمال، بالإضافة إلى أن المكاسب المأمولة من الحكم القضائي قد لا تتناسب بعض الأحيان مع الجهد المبذول، فإن ذلك يدفع المؤجر والمستأجر في حالات كثيرة إلى اللجوء إلى الحلول الودية الاتفاقية بعيداً عن ساحات القضاء(١٤).

وفيما يلي يحاول الباحث التعرض بإيجاز لأبرز وسائل الاتفاقات الودية التي يمكن للمتعاقدين اللجوء إليها لتجاوز آثار جائحة كورونا(١٥):

المطلب الأول
مبادرة المؤجر من تلقاء نفسه بإعفاء المستأجر من الأجرة لمدة معينة

شهدت الكويت على إثر صدور قرارات إغلاق المحال والأسواق والمكاتب التجارية بسبب الجائحة، توجهاً حميداً(١٦)من قبل بعض الشركات التجارية مؤجرة المحال والمكاتب التجارية، يتمثل في تنازلها كلياً أو جزئياً عن حقها في الأجرة عن فترة الإغلاق(١٧).

---

(١٤) ينصح البعض المتعاقدين الذي تأثروا بجائحة كورونا باللجوء إلى الحلول الودية، على أن يكون ذلك بشكل منصف، راجع:
Moore, Robert., "Dealing with nonperformance of contracts during pandemic", Southwest Farm Press; Informa, Clarksdale, USA, (May 21, 2020).
https://search-proquest-com.kulibrary.vdiscovery.org/docview/2405128828/fulltext/96AAD62A93B94A57PQ/1?accountid=27846. (last visited May. 25, 2020).)

(١٥) يوصي جانب من الفقه المتعاقدين باللجوء إلى الحلول الودية، لا سيما في ظل عدم إمكان التقاضي وتعطيل المحاكم، بسبب جائحة كورونا، انظر: نور العبد الرزاق، مقال بعنوان: كورونا وأثره على عقود الإيجار، منشور في جريدة الجريدة العدد ٤٣٨٤، السنة ١٣، بتاريخ ٢٠٢٠/٣/٢٧، ص٥.

(١٦) كما يصفها الكثير بالتصرفات الحكيمة بعيدة النظر، إذ ينظر المؤجر عند تنازله المؤقت عن الأجرة، إلى الأثر الإجمالي لجائحة كورونا على البيئة التجارية، ولذلك فهو يهدف إلى دعم المستأجر لتجاوز هذه الجائحة، حتى يستمر في ممارسة نشاطه، ومن ثم الاستمرار في دفع الأجرة.

(١٧) على إثر حدوث جائحة كورونا، وصدور مجموعة قرارات احترازية من قبل الوزراء المختصين، بناء على توجيهات مجلس الوزراء، يهمنا منها في هذا الشأن إغلاق المحال =

ولما كانت الأجرة هي مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة، فإن سدادها هو محل التزام المستأجر، والذي يقابله التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بها(١٨).

وبالنظر إلى التكييف القانوني لتصرف المؤجر بتنازله عن أجرة المحل أو المكتب التجاري طوال فترة الإغلاق الإجباري، فإنه يعد إبراء من المؤجر للمستأجر عن حقه في أجرة الأشهر التي أعفاه عن دفعها.

والإبراء في حقيقته تصرف من جانب الدائن وحده يتنازل فيه عن حقه المترتب بذمة مدينه من دون مقابل، ولذلك فهو تصرف قانوني تبرعي بالإرادة المنفردة للدائن(١٩).

وقد نظمه المشرع الكويتي في المادة ٤٣٥ مدني كويتي والتي جرى نصها على أن:

"١- ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين، ويرتد برده.

٢ - ويترتب على الرد إعادة الالتزام بما يلحقه من صفات، وما يضمنه من تأمينات، وما يرد عليه من دفوع".

= والمكاتب والمجمعات التجارية، وكثير من قطاعات الأعمال، ظهرت مبادرات عديدة من قبل المؤجرين في الكويت، ومنها على سبيل المثال لا الحصر، إعلان شركة التمدين العقارية عن قيامها وإحدى شركاتها التابعة، بإعفاء المستأجرين والمستثمرين في مجمعَي (سوق الكوت) و(مجمع الكوت) من سداد الإيجارات الشهرية أثناء فترة الإغلاق، كما قامت بمنح المستأجرين لديها تخفيضات مؤقتة في مقدار الأجرة تبلغ ٤٠٪ منها، اعتباراً من تاريخ إعادة الافتتاح وحتى ٣١ ديسمبر ٢٠٢٠، كل ذلك من أجل مواجهة آثار توقف النشاط بسبب الجائحة.

راجع في ذلك: إعلان الشركة المنشور على موقع البورصة بتاريخ ٨ أبريل ٢٠٢٠
https://www.boursakuwait.com.kw/news-details/35168/34

كما قامت شركة أعيان العقارية بإعفاء جميع مستأجري المحلات المؤجرة في مجمع "يال مول" من إيجار شهر واحد، وفي صعيد متصل أعفت شركة الصالحية العقارية مستأجري المحال التجارية والمرافق الأخرى في مجمعي (الصالحية والراية) من الإيجارات المترتبة عليهم في ظل جائحة كورونا، وعلى ذات النهج سارت شركة الحمراء العقارية، فقررت إعفاء مستأجري المحال في مركز الحمراء للتسوق، كما أعفت شركة المباني مالكة مجمع (الأفنيوز) مستأجري المحال التجارية من أجرة شهرين.

راجع: صحيفة الراي الكويتية، العدد ١٨٤٠٥، الصار بتاريخ/ ١٦ مارس ٢٠٢٠، ص ١١.
https://www.alraimedia.com/Home/Details?id=f15bd429-54a8-4b49-ad9c-feb68dfbd0b0

(١٨) أحمد الزقرد، فايز الكندري، عقد الإيجار وفقاً لأحكام المرسوم بقانون ١٩٧٨/٣٥م وتعديلاته، ط١، من دون ناشر، الكويت، ١٩٩٩، ص ٨١.

(١٩) انظر في ذات الاتجاه: إبراهيم أبو الليل، أحكام الالتزام (الآثار - الأوصاف - الانتقال - الانقضاء)، ط١، دار الشريف للنشر، الكويت، ١٩٩٦/١٩٩٥، ص ٤٢٧.

وبناء عليه فبالإبراء الصادر من الدائن ينقضي الالتزام، ويترتب عليه هذا الأثر متى وصل إلى علم المدين ولم يرده، فإن رده عاد الدين كما كان، وإن لم يرده صار الإبراء باتاً غير قابل للرد من المدين.

والإبراء تصرف قانوني يتم بالإرادة المنفردة للدائن الحائز للأهلية الواجبة، ولا يحتاج إلى شكل معين، ولكن يجب التعبير عنه صراحة أو ضمناً، فهو لا يفترض، كما يتعين أن يكون محل الإبراء موافقاً للقانون، وأن يكون سببه مشروعاً.

والأهلية الواجبة في هذا الشأن هي أهلية التبرع، حيث تقرر المادة ٤٣٦ مدني كويتي سريان القواعد الموضوعية للتبرعات على الإبراء[٢٠]، فيشترط أن يتمتع الدائن بأهلية التبرع وقت صدور الإبراء.

وقد قضت محكمة التمييز الكويتية تأييداً لذلك بأنه: "من المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن الإبراء في القانون هو نزول اختياري من الدائن عن حقه، أو عن بعض حقه دون عوض، فلا بد فيه من صدوره عن إرادة من الدائن، وقد يكون التعبير عن هذه الإرادة صريحاً أو ضمنياً، وبه ينقضي الدين على ما تقضي به المادة ٤٣٥ من القانون المدني...."[٢١].

وحيث رأينا فيما سبق أن للمستأجر الحق في رد الإبراء تطبيقاً لنص المادة ٤٣٥ مدني كويتي، فإن تساؤلاً يثور حول مدى جواز رجوع الدائن عن الإبراء عند زوال سببه؟ وهذه الفرضية تثور في حال قيام الدولة بتعويض مستأجري المحال والمكاتب التجارية عن الخسائر التي لحقت بهم جراء هذه الجائحة، بما يرى معه المؤجر أن السبب الجوهري الذي دفعه للإبراء قد زال، فهل يجوز للمؤجر أن يعود عن إبرائه للمستأجر عن الأجرة؟

يذهب رأي في الفقه يؤيده الباحث إلى أن الإبراء يصدر بالإرادة المنفردة للدائن، فإذا ما وصلت هذه الإرادة إلى علم المدين، رتبت أثرها القانوني، وأصبح الإبراء بعدها ملزماً للدائن، غير قابل للرجوع فيه بإرادته المنفردة[٢٢].

---

(٢٠) جرى نصها على أن: "تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية للتبرع، ولا يشترط فيه شكل خاص، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان".

(٢١) الطعن بالتمييز رقم ١٤٢٢/ ٢٠١٠ تجاري ٤، بجلسة ٢٠١١/٤/١٤، منشور على موقع مركز تصنيف وبرمجة الأحكام القضائية، جامعة الكويت:
http://ccda.kuniv.edu.kw/index.php/searchform

(٢٢) إبراهيم أبو الليل، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٤٢٨.

المطلب الثاني
تعديل الأجرة اتفاقاً

لما كانت الأجرة ركناً من أركان عقد الإيجار، ومن حيث إنه قد تم تحديد مقدارها بالإرادة المشتركة لطرفي عقد الإيجار، فإنه لا يجوز تعديلها إلا بموافقتهما على ذلك، تطبيقاً لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، واحتراماً للقوة الملزمة للعقد(٢٣).

فإذا ما ارتأى المؤجر أن الظروف التي يمر بها الاقتصاد الوطني تحتم عليه الموافقة على طلب المستأجر بتخفيض الأجرة، والتقت إرادتهما على مقدار الأجرة الجديد، فإنه يكون لهما ذلك، فما أنشأته الإرادة المشتركة للمتعاقدين، يمكنها تعديله ونقضه.

ومع أهمية كتابة تعديل الأجرة الجديدة لا سيما في الإثبات، إلا أن ذلك ليس بشرط لازم، فاتفاق المؤجر والمستأجر على تعديل الأجرة بالنقصان ملزم لهما، ولو لم يكن اتفاقهما مكتوباً، فالكتابة ليست شرطاً لصحة اتفاق التعديل(٢٤).

المطلب الثالث
تنازل المستأجر عن الإيجار أو التأجير من الباطن

إن من الحلول الودية التي قد يلجأ إليها المؤجر والمستأجر لمواجهة جائحة كورونا، هو قيام المستأجر بالتنازل عن إيجاره لمستأجر آخر، أو أن يقوم بتأجيره من الباطن، لمن يكون أكثر قدرة منه على تجاوز آثار الجائحة، وفي ذلك فائدة مزدوجة للمؤجر والمستأجر، فيضمن المؤجر استمرار دفع الأجرة، ويتخلص المستأجر غير القادر على استيعاب آثار الجائحة من خسائر محققة، حيث يلقي بعبء ذلك على مستأجر جديد.

---

(٢٣) على إثر جائحة كورونا والقرارات الحكومية التي صدرت تحت مظلتها، قام أصحاب محلات المطاعم التجارية في نيويورك بتشكيل ائتلاف لمواجهة المؤجرين، والمطالبة بتخفيض الأجرة أو الإعفاء منها، وإعادة هيكلة عقودهم، حتى يمكنهم النهوض من جديد وممارسة نشاطهم التجاري، راجع:
Ruggless, Ron., "How to deal with landlords in the COVID-19 pandemic", Nation’s Restaurant News, Lebhar-Friedman, Inc, New York,Mar 31, 2020. https://search-proquest-com.kulibrary.vdiscovery.org/docview/2384564898/abstract/31280D47C94F46E1PQ/1?accountid=27846, (last visited May. 25, 2020).

(٢٤) أحمد الزقرد، فايز الكندري، مرجع سابق، ص ٨٩.

والتنازل عن الإيجار يتمثل في إسقاط حق المستأجر في عقد إيجاره لغيره، وعليه فإنه لا يوجد عقدان، بل عقد واحد هو عقد الإيجار من المؤجر إلى المستأجر مع تغيير المستأجر، ويتم التنازل عن الإيجار عن طريق قيام المستأجر بتحويل جميع حقوقه والتزاماته المترتبة بناء على العقد إلى آخر يحل محله فيها، فيكون المستأجر محيلاً، والمتنازل له محالاً إليه(٢٥).

أما التأجير من الباطن، فهو عقد إيجار يقع على حق المستأجر ذاته، وفيه يقوم المستأجر الأصلي بتأجير بعض حقه في الانتفاع بالعين المؤجرة أو كله إلى آخر، وذلك مقابل أجرة يتم الاتفاق عليها بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن(٢٦).

وقد نظم المشرع الكويتي حق المستأجر في التنازل عن عقد الإيجار، وحقه في التأجير من الباطن، حيث نصت المادة ٥٩٩ مدني كويتي على أنه: "للمستأجر حق التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن عن كل ما استأجره أو بعضه، وذلك ما لم يقض الاتفاق بغيره أو يتبين أن شخصية المستأجر كانت محل اعتبار عند التعاقد".

وعليه فإن الأصل أنه يحق للمستأجر التنازل عن الإيجار، والإيجار من الباطن، بيد أن هذا الحق مرهون بعدم وجود اتفاق على تقييده، ولذلك فإذا وجد اتفاق يقضي بمنع المستأجر من التنازل عن الإيجار أو التأجير من الباطن، فإن هذا الاتفاق هو الذي يسري في العلاقة بينهما(٢٧).

بقي أن نشير إلى أن المشرع ساوى في الأثر بين التنازل عن الإيجار، والتأجير من الباطن، كما أن تقييد أحدهما يسري على الآخر دون حاجة للنص عليه(٢٨).

---

(٢٥) للمزيد راجع: وسيلة خلدون، النظام القانوني للتنازل عن الإيجار، دراسة مقارنة بين القانون المدني الجزائري وقانون الموجبات والعقود اللبناني، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، الجزائر، مج ٧، ع ٢، ٢٠١٩، ص ٢٩٠ وما بعدها.

(٢٦) أحمد الزقرد، فايز الكندري، مرجع سابق، ص ٢٢٢، وكذلك محمد إبراهيم محمد، الإيجار من الباطن، مجلة العدل - المكتب الفني، السودان، العدد ٤٢، السنة ١٦، أغسطس ٢٠١٨، ص ٢٩٨ وما بعدها.

(٢٧) أما بالنسبة للعقارات الخاضعة لقانون الإيجارات، فإن الأصل عدم جواز التنازل عن الإيجار أو التأجير من الباطن إلا بموافقة مكتوبة من المالك، راجع المادة ١٤ منه.

(٢٨) تنص المادة ٦٠٠ مدني كويتي على أن: "منع المستأجر من التنازل عن الإيجار يقتضي منعه من التأجير من الباطن وكذلك العكس".

المطلب الرابع
الإقالة

وتسمى التقايل، وهي بصورة موجزة قيام المتعاقدين بعد إبرام العقد بإلغائه والرجوع فيه، وعليه فهو عقد يتفق فيه المتعاقدان على زوال عقدهما السابق(٢٩).

وقد أقر المشرع الكويتي هذا الحق للمتعاقدين، على أن يبقى المعقود عليه قائماً وموجوداً في يد أحد المتعاقدين(٣٠)، وينتقد جانب من الفقه اشتراط المشرع بقاء المعقود عليه في يد أحد المتعاقدين، حيث يرى بأن ذلك الاشتراط لا مسوغ له، طالما كان المتعاقدان على علم بعدم وجود المعقود عليه(٣١).

كما يذهب جانب من الفقه إلى أن التقايل مرهون بما تتجه إليه إرادة المتعاقدين، من التقايل بأثر رجعي بالنسبة للحقوق والالتزامات التي يرتبها العقد الذي تقايلا عنه، أو أن تتجه إرادتهما إلى التقايل عن العقد بأثر فوري دون المساس بالآثار السابقة للعقد(٣٢).

بيد أن الأثر الرجعي للإقالة لا يكون إلا في العلاقة بين المتعاقدين نفسيهما، أما بالنسبة إلى الغير فلا يكون للإقالة أثر إلا من تاريخ حدوثها، وذلك تطبيق لما قرره المشرع الكويتي في المادة ٢١٨ من القانون المدني من اعتبار الإقالة بمثابة عقد جديد في مواجهة الغير.

وبتطبيق ذلك على عقود الإيجار التجاري، فإن المؤجر والمستأجر قد تتجه إرادتهما إلى أن التقايل عن عقد الإيجار يحقق مصلحتيهما، فيتم اللجوء إلى هذا الحل للتغلب على الآثار السلبية لجائحة كورونا، وما دام أن العقد قد قام بناء على إرادة المتعاقدين، جاز إنهاؤه بتوافق تلك الإرادة(٣٣) وهذه الأخيرة هي المعول عليها في

---

(٢٩) إبراهيم أبو الليل، نظرية الالتزام، المصادر الإرادية للالتزام - العقد والإرادة المنفردة - (التصرف القانوني)، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٥، ص ٤٣٢.
وكذلك: محمد بلقريني، حسان حمايدي، رسالة ماجستير بعنوان: عقد الإيجار التجاري في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ٨ ماي ١٩٤٥، قالمة، الجزائر، ٢٠١٨-٢٠١٩، ص ٦٨.

(٣٠) راجع في الإقالة: المادتين ٢١٧، ٢١٨ مدني كويتي.

(٣١) إبراهيم أبو الليل، نظرية الالتزام، المصادر الإرادية للالتزام، مرجع سابق، ص ٤٣٢.

(٣٢) أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، ج٣، ط١، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص٢١٢.

(٣٣) انظر في ذات الاتجاه:
Philippe Mallaurie, Laurent Aynes et Philippe Stoffel - Munck, Droit civil, Les obligations, Defrénois, Paris, France, 02e éd. 2005, p:364.
=

اختيار الحلول المناسبة، لتجاوز آثار الجائحة، شريطة أن يكون هذا الحل متوافقاً مع القانون.

ويؤكد ذلك ما قضت به محكمة التمييز الكويتية من أن: " التقايل يتم بتراضي طرفي العقد صراحة أو ضمناً على إزالته بعد إبرامه، فالعقد صنيعة إرادة المتعاقدين، وما تصنعه تستطيع أن تنقضه وتزيله.... "[(٣٤)].

كما قضي بأن: " المقرر – في قضاء محكمة النقض – أن الأصل في العقود أن تكون لازمة بمعنى عدم إمكان انفراد أحد المتعاقدين بفسخ العقد دون رضاء المتعاقد الآخر، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق بينهما على التقايل منه، وكما يكون ذلك بإيجاب وقبول صريحين، يصح بإيجاب وقبول ضمنيين، إذ التعبير عن الإرادة يجوز أن يكون ضمنياً على ما تقضي به المادة ٩٠ من القانون المدني"[(٣٥)].

وتجدر الإشارة في نهاية هذا المبحث إلى أن هناك حلاً ودياً آخر، يتمثل في اتفاق المتعاقدين على وقف تنفيذ العقد مؤقتاً إلى حين زوال الجائحة، وهذا الحل يتناسب مع حالة الإغلاق الكلي للمحال والمكاتب التجارية، وانعدام المنفعة منها.

ولا شك في جواز هذا الاتفاق، ذلك أن الإرادة التي أنشأت العقد، تملك إيقافه مؤقتاً، لتجاوز عارض طارئ يعيق تنفيذ الالتزامات، هذا بالنسبة للاتفاق الودي بوقف تنفيذ العقد، على أن نعرض لنظام وقف تنفيذ العقد بغير إرادة الدائن في المبحث الثالث من هذه الدراسة.

= مشار إليه لدى: عبد القادر علاق، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ٢٠٠٧-٢٠٠٨، ص ٥١.

(٣٤) الطعنان بالتمييز ٢٥٧ – ٢٦٢/ ١٩٩٩ مدني، جلسة ٢٠٠٠/٦/١٩، مج القسم الرابع، المجلد الخامس، ص ٣٩٣.

(٣٥) الطعن رقم ١٤٧٢٤ لسنة ٨٥ قضائية – إيجارات، الصادر في جلسة ٢٠١٩/٢/١٦، منشور على موقع محكمة النقض المصرية، https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111392246&&ja=264205

المبحث الثاني
المحال والمكاتب التجارية التي لحق الانتفاع بها نقص كبير
(الإغلاق الجزئي)

لما كان من المقرر قانوناً وقضاء وفقهاً أن الأجرة تكون مقابل الانتفاع بالمأجور، وتكون مستحقة باستيفاء المنفعة أو بإمكان استيفائها، ومتى ما زالت المنفعة أو اختلت، فإن الأجرة تسقط أو تنقص بحسب الأحوال(٣٦).

وقد حرص المشرع الكويتي على معالجة الحالات التي تنقص فيها المنفعة بالمأجور بصورة كبيرة، بسبب قرارات السلطة العامة، فأجاز للمستأجر طلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة(٣٧).

ومؤدى ذلك أن الأعمال الصادرة من السلطة العامة، والتي تؤدي إلى حرمان المستأجر من انتفاعه بالعين المؤجرة، أو الإخلال بانتفاعه بها، فإنها تعد من قبيل القوة القاهرة، ولا يلتزم المؤجر بضمان هذه القرارات الصادرة من السلطة، ولكنه يتحمل تبعاتها.

ونناقش في هذا المبحث الأساس التشريعي الذي تستند إليه معالجة وضع المحال والمكاتب التجارية التي لحق الانتفاع بها نقص كبير، ثم نعرض بعد ذلك للشروط الواجب توافرها لتطبيق القاعدة التشريعية.

المطلب الأول
الأساس القانوني لتمسك المستأجر بطلب إنقاص الأجرة أو فسخ العقد قضائياً

تأثرت غالبية المحال والمكاتب التجارية بالقرارات الإدارية الصادرة بغلقها جزئياً، بما أدى إلى نقص المنفعة بها بصورة كبيرة، فمن هذه المحال ما أجبر على تحديد ساعات العمل بفترات قصيرة، ومنها ما أجبر على عدم استقبال الزبائن نهائياً، اكتفاء بتوصيل الطلبات إليهم، ومنها ما تم تحديد عدد الزبائن الذي يجوز تواجدهم في آن

---

(٣٦) للمزيد راجع: محمد عبد الرزاق الشوك، التوازن القانوني للأجرة في العلاقة الإيجارية، دراسة مقارنة بين القانون المدني وقانون إيجار العقار، مجلة أهل البيت عليهم السلام، كلية القانون، جامعة أهل البيت عليهم السلام، الأردن، العدد ١٩، يناير ٢٠١٦، ص ٣٣٣ وما بعدها.

(٣٧) المادة ٥٨١ مدني كويتي.

واحد داخل المحل، بما ينقص مبيعات تلك المحال بصورة كبيرة، وتشترك الحالات السابقة في أن القرارات الصادرة بتنظيم عمل المحال أثناء جائحة كورونا، لم تؤد إلى الحرمان الكلي من الانتفاع، ولكنها أدت إلى نقص المنفعة بشكل كبير، والسؤال الذي يفرض نفسه في هذا الشأن يتمثل في مدى جواز تمسك المستأجر بإنقاص الأجرة في مواجهة المؤجر؟ وما سند ذلك؟

تنبغي الإشارة ابتداء إلى أن المرسوم بقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ بشأن إيجار العقارات، قد خلا عند صدوره من تنظيم مسألة التعرض للمستأجر من قبل السلطات العامة[٣٨]، إلى أن صدر القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٢٠ بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ في شأن إيجارات العقارات[٣٩]، والذي اقتصر على تقرير عدم جواز الحكم بإخلاء العين المؤجرة إذا تخلف المستأجر عن سداد الأجرة، وذلك خلال الفترة التي يصدر فيها مجلس الوزراء قراراً بتعطيل أو وقف العمل في جميع المرافق العامة للدولة حماية للأمن أو السلم العام أو الصحة العامة[٤٠].

وعليه فإن المرسوم بقانون رقم ١٩٧٨/٣٥ وتعديلاته وإن كان يفيد العقود الخاضعة لنطاق تطبيقه[٤١]، من حيث عدم جواز إخلاء العين المؤجرة خلال الظروف الاستثنائية المشار إليها أعلاه، إلا أنه لا يعفي المستأجر من الأجرة، وإنما تظل ذمته مشغولة بها، إلى أن تحدد المحكمة طريقة سداده لها، وفقاً لظروف الدعوى.

وبناء على ذلك فلا يمكن من خلال هذا المرسوم بقانون معالجة مدى استحقاق المؤجر للأجرة في ظل النقص الكبير في منفعة العين المؤجرة جراء قرارات السلطة العامة الصادرة لمواجهة جائحة كورونا.

---

(٣٨) يطبق قانون الإيجارات على المكاتب التجارية، التي لا تتضمن عقودها شروطاً غير مألوفة في الإيجار العادي.

(٣٩) نشر القانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٢٠ بشأن تعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٨، في العدد رقم ١٤٩٩ من الكويت اليوم، السنة ٦٦، بتاريخ ٢٠٢٠/٩/٦.

(٤٠) صدر هذا القانون لمواجهة آثار جائحة كورونا، وقد نصت الفقرة المضافة إلى البند رقم (١) من المادة (٢٠) من المرسوم بالقانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٨ على أنه: "وفي جميع الأحوال لا يجوز الحكم بإخلاء العين المؤجرة إذا تخلف المستأجر عن سداد الأجرة خلال الفترة التي يقرر مجلس الوزراء تعطيل أو وقف العمل خلالها في جميع المرافق العامة للدولة حماية للأمن أو السلم العام أو الصحة العامة والتي تقتضيها المصلحة العليا للبلاد، على أن تحدد المحكمة طريقة سداد المستأجر الأجرة المتأخرة وفقاً لظروف الدعوى".

(٤١) وليس منها المحال التجارية، ولا المكاتب التجارية التي تتضمن عقودها شروطاً غير مألوفة في عقد الإيجار العادي.

وعليه فلا مناص من اللجوء إلى القانون المدني بحسبانه الشريعة العامة، حيث تقضي المادة ٥٨١ مدني كويتي بأنه:

"١ - إذا ترتب على عمل صدر من السلطة العامة في حدود القانون نقص كبير في انتفاع المستأجر، جاز له أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة، ما لم يكن عمل السلطة لسبب يعزى إليه.

٢ - ولا يكون للمستأجر حق في التعويض قبل المؤجر إلا إذا كان عمل السلطة العامة قد صدر لسبب يكون المؤجر مسؤولاً عنه.

٣ - وكل ما سبق ما لم يقض الاتفاق بغيره".

وبناء على النص السابق، يظهر بوضوح أنه يجوز للمستأجر أن يتمسك بإنقاص الأجرة بالاستناد إلى نص المادة ٥٨١ مدني كويتي، كما أن له أن يطلب فسخ العقد متى كان ذلك محققاً لمصلحته، ويقتضي تطبيق النص سالف البيان وجود قرار صادر من السلطة العامة[٤٢]، يترتب عليه نقص كبير في انتفاع مستأجر المحل أو المكتب التجاري، بيد أنه إذا كان النقص يسيراً، فلا يحق للمستأجر طلب فسخ العقد حينئذ، ولا طلب إنقاص الأجرة.

وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن النص في المادة ٥٧٤ من القانون المدني يدل على أن مناط حق المستأجر في طلب فسخ عقد الإيجار عند تعرض الحكومة له في العين المؤجرة هو أن يكون من شأن هذا التعرض الحرمان من الانتفاع بالعين المؤجرة حرماناً جسيماً، بحيث ما كان للمستأجر ليتعاقد لو علم به منذ البداية، أما إذا لم يبلغ الحرمان من الانتفاع هذه الدرجة من الجسامة جاز للمستأجر أن يطلب إنقاص الأجرة بشرط أن يكون هناك نقص كبير في الانتفاع بالعين يسوغ إنقاص الأجرة، أما إذا كان النقص

(٤٢) ويؤكد البعض جواز الاستناد إلى قرارات السلطة العامة - وليس وباء كورونا - في بعض الأحوال، ومن ذلك عندما تقوم الحكومة بالحجر الصحي لبعض العاملين، أو عندما تمنع الاستيراد من منطقة معينة، أو إغلاق الحدود، وعندئذ تكون الاستحالة القانونية للالتزام مرتبطة بقرار الحكومة برفع الحظر أو إلغاء المنع، راجع:
Marco Torsello, Matteo M. Winkler, "Coronavirus-Infected International Business Transactions: A Preliminary Diagnosis", European Journal of Risk Regulation, Volume 11, Special Issue 2 (Taming COVID-19 by Regulation), June/2020, Published online by Cambridge University Press: 07 April 2020, p:398.

في الانتفاع يسيراً فلا يكون هناك مبرر لا لفسخ عقد الإيجار ولا لإنقاص الأجرة "[٤٣].

وأخيراً فإن تقدير نقص المنفعة بالعين المؤجرة يخضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع.

المطلب الثاني
شروط التمسك بتطبيق نص المادة ٥٨١ مدني كويتي

بمطالعة نص المادة ٥٨١ مدني كويتي سالفة الذكر، يظهر للباحث أن هناك أربعة شروط، لجواز تمسك المستأجر بطلب إنقاص الأجرة، أو فسخ العقد جراء صدور القرارات الإدارية الاحترازية إثر حدوث جائحة كورونا، وهذه الشروط نعرضها وفقاً لما يلي:

الفرع الأول
صدور عمل من السلطة العامة في حدود القانون

إن الشرط الأساسي الذي لا يبحث قبله شرط آخر، هو وجوب صدور عمل من السلطة العامة في حدود القانون، بيد أن عبارات النص تقتضي النظر في ثلاث مسائل أساسية:

الأولى: مدى اقتصار لفظ "عمل" الوارد في النص سالف الذكر على الأعمال المادية، أم امتداده ليشمل القرارات الإدارية الصادرة من السلطة العامة؟

تجيب عن ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، بأن ذلك يشمل القرارات الصادرة من السلطة العامة، وبتطبيق ذلك على واقع الحال في الكويت، فإننا نكون إزاء قرارات إدارية صادرة من سلطة عامة، لمعالجة آثار جائحة كورونا[٤٤].

الثانية: هل يقتصر مصطلح السلطة العامة الوارد في النص سابق البيان على السلطة التنفيذية، أم أنه يشمل بقية السلطات العامة؟

---

(٤٣) الطعن بالنقض رقم ١٢٨٩٣ لسنة ٨٥ قضائية – إيجارات، جلسة ٢٠١٧/٥/٦، منشور على موقع محكمة النقض المصرية:
https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111356269&&ja=164239)

(٤٤) وزارة العدل، مجموعة التشريعات الكويتية، الجزء الثاني، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، فبراير ٢٠١١، ص ٣٦٤-٣٦٥، وهذا المرجع لجميع الإشارات اللاحقة للمذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي.

الحقيقة أن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي أوضحت أيضاً المقصود من ذلك، حيث تقرر بأن العمل الصادر من السلطة العامة قد يكون قراراً صادراً من السلطة التنفيذية، وهو الغالب، كقرارات نزع الملكية أو الاستيلاء المؤقت على العين المؤجرة وغيرها، وقد يكون العمل صادراً من السلطة التشريعية أو السلطة القضائية، كصدور قانون يحدد أوجه الانتفاع بالمأجور، أو صدور حكم قضائي بغلق العين المؤجرة(٤٥).

وعليه فإننا نكون بصدد قرارات إدارية صادرة من سلطة عامة هي التنفيذية في حالتنا الماثلة، لمواجهة الجائحة.

الثالثة: لما كانت عبارة "في حدود القانون" الواردة في النص الماثل، تقتضي أن تكون القرارات الوزارية الاحترازية بتنظيم إغلاق المحال والمكاتب التجارية، في إطار مكافحة الجائحة، قد صدرت بناء على أساس قانوني يحملها، ومن جهة مختصة في إصدارها، وبالكيفية المقررة قانوناً لصدورها وتنفيذها، حتى تكون تلك القرارات مشروعة.

وبالنظر إلى أن القرارات الصادرة في شأن جائحة كورونا قد صدرت بالاستناد إلى القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ في شأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية(٤٦)، **فإن السؤال الذي يثور في هذا الشأن يتمثل في مدى التزام مجلس الوزراء**

---

(٤٥) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي في شرحها للمادة ٥٨١ منه.

(٤٦) تنص المادة ١٥ منه على أنه: "عند ظهور وباء الجدري أو الكوليرا أو الطاعون أو أي مرض وبائي آخر، يخول وزير الصحة العامة سلطات استثنائية، لحماية البلاد من تفشي الوباء، وذلك بالاتفاق مع الوزراء المختصين، وبالاستعانة بأفراد الشرطة العامة والقوات المسلحة لتنفيذ قراراته. ويخول بصفة خاصة إصدار قرارات بالتدابير والاحتياطات الآتية:

١ – عزل المناطق التي تظهر فيها حالات مرضية عزلاً تاماً، وعدم السماح بالدخول إليها أو الخروج منها بأية وسيلة كانت، إلا لمن ترخص لهم وزارة الصحة العامة بذلك.

٢ – منع التجول في بعض المناطق للمدة اللازمة لإجراء التطعيم الإجباري العام للسكان أو غير ذلك من الإجراءات.

٣ – تخويل أطباء الصحة العامة، والمعاونين الصحيين وأفراد الهيئة التمريضية وغيرهم ممن يعينهم وزير الصحة العامة، دخول المساكن في أي وقت للبحث عن المرضى، وعزلهم وإجراء التطعيم والتطهير، وغير ذلك من إجراءات الصحة الوقائية اللازمة.

٤ – تكليف الأطباء وأفراد الهيئة التمريضية، والموظفين الفنيين والإداريين الحكوميين والعاملين في القطاع الخاص، بالعمل في مكافحة الوباء.

٥ – إتلاف المأكولات والمشروبات وتطهير الملابس والأدوات والأثاث، وغيرها من الملوثات أو المشتبه في تلوثها، وإغلاق المحلات العامة التي يحتمل أن تكون مصدراً للعدوى، وإبعاد العاملين في هذه المحلات والباعة المتجولين عن العمل إذا اقتضت الضرورة ذلك.

٦- اتخاذ أية تدابير أو احتياطات أخرى يراها ضرورية لمكافحة الوباء.

بنشر القرارات التي يتخذها في شأن مكافحة جائحة كورونا في الجريدة الرسمية، أو الوسيلة المقررة، حتى يتحقق علم الكافة، ومن ثم تسري في مواجهتهم؟ وهل يترخص مجلس الوزراء في مثل هذه الظروف عن الالتزام بالنشر بالوسيلة المقررة، فيجوز له أن يعلن عن تلك القرارات بوسيلة إعلان عادية تتفق مع حالة الضرورة والاستعجال؟؟

يعتقد الباحث أنه على الرغم من أن الدولة تمر بظروف استثنائية، استتبعت صدور قرارات استثنائية ذات طبيعة احترازية ووقائية، إلا أنه يجب أن تلتزم الجهة مصدرة القرارات بمراعاة جميع الضوابط القانونية المقررة، ومن ذلك صدورها من مختص بناء على قاعدة قانونية مشروعة، مع وجوب الالتزام بقواعد النشر المقررة في هذا الشأن، لا سيما إذا ما وضعنا في الاعتبار أن مخالفة القرارات الصادرة بناء على القانون ١٩٦٩/٨، ومنها قرارات إغلاق المحال والمكاتب التجارية تعد جرائم يعاقب عليها القانون[٤٧].

وبناء عليه فإن الدعوة واجبة إلى نشر تلك القرارات، ومنها قرار وزير الصحة العامة رقم ٢٠٢٠/٦٤، في الجريدة الرسمية، حتى يتحقق علم الكافة به، حيث إن القرار سالف الذكر تضمن مجموعة من المحظورات، يترتب على مخالفتها عقوبات جزائية.

كما أن للنشر في الجريدة الرسمية أهمية خاصة تضاف لما سبق، وتتعلق بميعاد بداية نفاذ القانون أو اللائحة أو القرار المنشور، وتزداد أهمية ذلك عندما يتعلق ذلك بعقوبات جزائية تطال مرتكبيها، فعندئذ يكون النشر ونفاذ المنشور معياراً لبدء تطبيق القواعد القانونية المرافقة.

بيد أن المسألة قد تتشعب أحياناً بما يحتاج إلى بحثها بصورة أكثر دقة، فبالنظر إلى بيان مجلس الوزراء الكويتي في اجتماعه الاستثنائي رقم ١٥، الصادر بتاريخ ٢٠٢٠/٣/١٤، نجد أنه أشار صراحة إلى إصدار مجلس الوزراء مجموعة قرارات، ومنها إغلاق مجموعة من المجمعات والمحال التجارية ومراكز التسوق[٤٨].

---

(٤٧) صدر القانون رقم ٤ لسنة ٢٠٢٠ بتاريخ ٢٠٢٠/٣/٢٦، ونشر في الجريدة الرسمية في الملحق رقم ٤ للعدد ١٤٨٨، السنة ٦٦، بتاريخ ٢٠٢٠/٣/٢٩، بتعديل المادة ١٧ من القانون رقم ١٩٦٩/٨ بشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية، وذلك بتشديد العقوبات المقررة لمخالفة أحكام القانون.

(٤٨) وقد جاء فيه: "وبهذا الصدد استمع المجلس إلى شرح قدمه وزير الصحة الشيخ/ د. باسل حمود الصباح - رئيس الفريق المكلف بمتابعة تطورات انتشار فيروس كورونا، تضمن آخر البيانات والإحصاءات على المستوى المحلي والعالمي موضحاً ما تضمنه تقرير منظمة الصحة العالمية، وقد شرح الإجراءات الاحترازية الجاري اتخاذها للحد من انتشار الفيروس، =

والسؤال المفترض في هذا الصدد، يتمثل في طبيعة القرارات التي يصدرها مجلس الوزراء؟ وهل هي واجبة النشر أيضاً؟

فيما يتعلق بطبيعة عمل مجلس الوزراء والقرارات التي يصدرها، تجيب عن ذلك تفصيلاً محكمة التمييز الكويتية في قضائها: "أن السلطة التنفيذية ممثلة في مجلس الوزراء هي الجهة المهيمنة الأولى على مصالح الدولة، والمجلس هو الذي يرسم سياسية الحكومة، ويتابع تنفيذها، وله الإشراف على وزارات الدولة، وسير العمل في الإدارات الحكومية، ويرسي بقراراته وتوجيهاته الأسس والركائز التي ترتئيها السلطة التنفيذية، لازمة لإدارة شئون الدولة وأملاكها ومرافقها العامة، لا سيما تلك التي تقتضيها دواعي النظام العام والأمن العام والسكينة والصحة العامة، وهذه التوجيهات هي في حقيقة الأمر إنما تخاطب الوزراء المختصين، كل في حدود اختصاصه، لإصدار ما يلزم من قرارات لتنفيذها والعمل بمقتضاها، ومن ثم لا ترتب هذه التوجيهات تلقائياً آثاراً قانونية مباشرة في مراكز الأفراد، كي يسوغ اعتبارها قرارات إدارية بالمعنى الصحيح للقرار الإداري، وإنما يلزم لتطبيقها صدور قرارات إدارية أو تصرفات قانونية أخرى من الوزراء المختصين، ترتب الآثار القانونية المباشرة في حق الأفراد ومراكزهم القانونية.."(٤٩).

كما تقرر في قضاء آخر لها بشأن طبيعة قرارات مجلس الوزراء بأنه: "وإن كان

= وعليه فقد أصدر مجلس الوزراء القرارات التالية:
١ - إيقاف جميع وسائل النقل العام الجماعي.
٢ - إغلاق مراكز وصالات الترفيه والتسلية ولعب الأطفال.
٣ - إغلاق المجمعات التجارية ومراكز التسوق (المولات) باستثناء منافذ التسويق المركزية الخاصة بالمواد التموينية والغذائية.
٤ - عدم السماح باستقبال أكثر من خمسة عملاء في وقت واحد داخل المطعم أو المقهى.
٥ - إغلاق الصالونات النسائية والرجالية.
٦ - في حالة الانتظار في طابور يتم الالتزام بترك مسافة لا تقل عن متر بين كل شخص وآخر.".
راجع الموقع الرسمي لمجلس الوزراء الكويتي:
https://www.cmgs.gov.kw/Weekly-Statement?enc=Q5sAqBw320p-So+mmTfwGCw==

(٤٩) الطعن بالتمييز رقم ٥١٧ لسنة ١٩٩٨ تجاري، جلسة ١٩٩٩/٥/٣١، ناصر معلا، جمال الجلاوي، موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية في سبعة عشر عاماً (من عام ١٩٨٢ حتى عام ١٩٩٩) الكتاب الأول، الدعوى الإدارية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص ٦٨٣.

ما يصدره في هذا الشأن هو في حقيقة الأمر محض توجيهات تخاطب الوزراء كل في حدود اختصاصه، لإصدار ما يلزم من قرارات لتنفيذها والعمل بمقتضاها، ولذا فإنها لا تحدث تلقائياً آثاراً قانونية مباشرة في مراكز الأفراد وأوضاعهم القانونية، إلا أن هذه الآثار تتحقق متى أصدر الوزير المختص قراراً إدارياً أو تصرفاً قانونياً بوضع هذه التوجيهات موضع التنفيذ... "(٥٠).

ومن جماع ذلك يتضح بأن مجلس الوزراء بصفته الجهة المهيمنة على مصالح البلاد، إنما يرسم السياسة العامة للدولة، والخطوط العريضة المطلوب تنفيذها، وعلى الوزراء المعنيين إصدار القرارات الإدارية التنفيذية لتلك السياسة والتوجيهات العامة، وهذه القرارات الصادرة من الوزراء بهذا الشأن يلزم نشرها حتى يتحقق علم الكافة بها، ومن ثم يمكن نفاذ أحكامها في مواجهتهم.

أما إذا اقتصر الأمر على مجرد صدور هذه التوجيهات من مجلس الوزراء – وإن أسماها قرارات – فإنه لا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة المخاطبين بأحكامها.

وعليه فإنه في حال تم تنفيذ توجيهات مجلس الوزراء بغلق المحال والمكاتب التجارية وغيرها، دون صدور قرار إداري من الوزير المختص، فإن ذلك العمل يكون قد جرى دون سند صحيح من القانون، كما أن الوضع يكون أكثر تعقيداً إذا ما تم تطبيق العقوبات الواردة في القانون رقم ١٩٦٩/٨ سالف الذكر، دون أن يكون القرار الذي تضمن المخالفات المرتكبة قد صدر بالطريق القانوني السليم، أو أنه قد صدر من قبل الوزير المختص دون أن يتم نشره بالوسيلة المقررة قانوناً.

وتلزم الإشارة هنا إلى أنه متى كانت أعمال السلطة العامة قد صدرت بالمخالفة للقانون، ومن باب أولى إذا كانت من قبيل الأعمال المادية، فإنها تكون – والحال كذلك – بمثابة تعرض مادي لا يضمنه المؤجر، وتسري في شأنه أحكام المادة ٥٧٨ مدني كويتي والتي جرى نصها على أنه:

"لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض الصادر من الغير إلا إذا كان مبنياً على سبب قانوني".

وللمستأجر في مثل الأحوال السابقة أن يواجه الاعتداء بجميع الوسائل القانونية، فيكون له أن يحمي العين المؤجرة من المتعرض، وله أن يلجأ في ذلك إلى مطالبة

---

(٥٠) الطعن بالتمييز رقم ١١١٥ لسنة ٢٠٠٤ إداري، جلسة ٢٠٠٧/١/٢٣، منشور على موقع مركز تصنيف وبرمجة الأحكام القضائية، جامعة الكويت، ccda.kuniv.edu.kw/index.php/searchform

المتعرض بالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، كما أن له أن يلجأ إلى الشكوى الجنائية، إذا ما تضمنت أعمال المتعرض جريمة يعاقب عليها القانون[٥١].

وفي ذلك يرى جانب من الفقه بحق أنه لو كان التعرض الصادر من السلطة العامة مخالفاً للقانون، أو أنه جاء مخالفاً للإجراءات المرسومة له، أو تضمن تعسفاً في استعمال السلطة، فإن التعرض يبقى تعرضاً مادياً، له مقومات القوة القاهرة، ويجوز للمستأجر أن يطلب فسخ عقد الإيجار أو إنقاص الأجرة بناء عليه، كما يكون له حق الرجوع على الجهة الحكومية بالتعويض عن هذا العمل[٥٢].

الفرع الثاني
أن ينجم عن العمل الصادر من السلطة العامة نقص كبير في المنفعة بالعين المؤجرة

بمطالعة نص المادة ٥٨١ مدني كويتي يظهر بوضوح أن المشرع اشترط لتطبيق النص أن يكون النقص في منفعة العين المؤجرة كبيراً، وبناء عليه إذا كان النقص في المنفعة يسيراً، فإنه لا يمكن للمستأجر أن يتمسك بطلب فسخ عقد الإيجار ولا طلب إنقاص مقدار الأجرة.

ومسألة مقدار النقص الحاصل في المنفعة هي مسألة نسبية، قد يختلف بشأنها المؤجر والمستأجر، فما يراه المستأجر نقصاً كبيراً في المنفعة، قد يراه المؤجر يسيراً، بيد أن الكلمة الفصل في ذلك تكون لمحكمة الموضوع بما لها من سلطة تقديرية إزاء ذلك، ومتى ما ارتأت أن النقص في المنفعة بالمحل التجاري على سبيل المثال كان كبيراً، فإن لها أن تجيب المستأجر إلى طلباته.

والمستأجر في هذا الشأن مخير بحسب واقع الحال من جانب ومصلحته من جانب آخر ما بين طلب فسخ العقد وبين طلب إنقاص الأجرة.

فللمستأجر أن يترك خيار طلب فسخ العقد إذا كان لا يحقق مصلحته، ويتمسك بطلب إنقاص الأجرة بمقدار ما نقص من منفعة المأجور، متى كان راغباً في الاستمرار بالانتفاع بالعين المؤجرة.

---

(٥١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي في شرح المادة ٥٧٨ منه.

(٥٢) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس، المجلد الأول، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر، ص ٤١٢.

وحيث إن الأجرة تقابل الانتفاع، فهي تسقط إن تعذر الانتفاع كلياً – على ما سنرى لاحقاً – وتنقص بمقدار النقص الذي يلحق المنفعة، وقد قضت محكمة النقض المصرية في ذلك بأنه: "إذ كان البين من مدونات الحكم المطعون أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بدرجتيها بطلب **إنقاص الأجرة بالقدر الذي يتناسب مع النقص في الانتفاع بمحل النزاع نتيجة التعرض الصادر من الجهة الحكومية** (مديرية أمن الأقصر) – حال تأمينها الطرق المحيطة بها بوضع الحواجز الإسمنتية والعربات المصفحة مع غلق الطرق المؤدية إليها – ترتب عليه عدم تمكين مرتادي محل النزاع والمجاور لها من الوصول إليه مما أدى إلى نقص كبير في انتفاع الطاعن بالعين المؤجرة، واعتصم في طلبه العارض بتطبيق نص المادة ٥٧٤ من القانون المدني، وقدم للتدليل على دفاعه حافظتي مستندات طويت الأولى على صورة رسمية من المحضر رقم... لسنة ٢٠١٤ إداري الأقصر ثابت به تضرره من غلق الطريق المؤدي إلى مطعمه، والأخرى طويت على صور فوتوغرافية لمتاريس وحواجز رملية وحديدية بعرض هذا الطريق ومن خلفها سيارات وجنود الشرطة لمراقبة أو منع المرور به، وكان الحكم الابتدائي قد أقام قضاءه برفض الطلب العارض بتخفيض أجرة عين النزاع لنقص منفعتها على أثر ما تشهده البلاد من أحداث ثورة يناير على ما أورده بأسبابه من أن: "ذلك الحادث الطارئ قد جدَ بعد صدور عقد الإيجار وتنفيذه فلا أثر لهذا الحادث" ورتَب على ذلك القضاء بفسخ عقد الإيجار وهو ما لا يواجه دفاع الطاعن ولا يصلح رداً عليه، ولما كانت وظيفة محكمة الاستئناف ليست مقصورة على مراقبة الحكم المستأنف من حيث سلامة تطبيق القانون فحسب، وإنما يترتب على رفع الاستئناف نقل موضوع النزاع في حدود طلبات المستأنف إلى محكمة الدرجة الثانية وإعادة طرحه عليها بكل ما اشتمل عليه من أدلة ودفوع وأوجه دفاع لتقول كلمتها فيه بقضاء مسبب يواجه عناصر النزاع الواقعية والقانونية على السواء...............

لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تأييد الحكم المستأنف لأسبابه دون أن يعنى بالرد على سائر عناصر النزاع الواقعية والقانونية بكل ما اشتملت عليه من أدلة وأوجه دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأي فيه، فإنه يكون قد خالف الأثر الناقل للاستئناف وتخلى عن تقدير الدليل فيه؛ مما يعيبه بالقصور المبطل ويوجب نقضه"[٥٣].

---

(٥٣) الطعن بالنقض رقم ١٢٨٩٣ لسنة ٨٥ قضائية - إيجارات، جلسة ٢٠١٧/٥/٦، منشور على موقع محكمة النقض المصرية:
https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111356269&&ja=164239.

وحق المستأجر في طلب فسخ عقد الإيجار أو إنقاص الأجرة ثابت سواء أكان المتسبب في نقص الانتفاع هو المؤجر أم كانت السلطة العامة، مع وجوب التأكيد على ضرورة أن يكون النقص في الانتفاع كبيراً، وإلا فقد المستأجر هذا الحق لانعدام أساسه القانوني.

وبناء على ما تقدم فإنه يشترط لمستأجر المحل أو المكتب التجاري الذي نقص انتفاعه بالعين المؤجرة بصورة كبيرة، جراء القرارات الصادرة من السلطة العامة، والتي صدرت لمواجهة ومكافحة جائحة كورونا، أن يتمسك بذلك الحق قضاء، مع وجوب إثبات مقدار النقص الذي لحق بانتفاعه للمأجور.

وعليه فإن المؤجر وإن كان لا يضمن قرارات السلطة العامة المشروعة التي أدت إلى نقصان منفعة المستأجر بالعين المؤجرة بصورة كبيرة، إلا أنه يتحمل تبعة ذلك، ويتمثل تحمل التبعة في حق المستأجر في طلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة(٥٤).

الفرع الثالث

ألا يعزى العمل الصادر من السلطة العامة إلى المستأجر

ووفقاً لهذا الشرط فإنه يلزم ألا يكون المستأجر قد ارتكب خطأ ما، أدى إلى صدور قرار السلطة العامة، والذي ترتب عليه نقص الانتفاع بشكل كبير في المأجور، ولذلك فحق المستأجر في المطالبة بفسخ العقد أو إنقاص الأجرة معلق على عدم إتيانه لخطأ ينجم عنه صدور قرارات السلطة العامة المؤثرة على انتفاعه.

ويمكن التمثيل لذلك بمستأجر محل تجاري لبيع الأغذية، لم تشمله قرارات الإغلاق الصادرة من السلطات العامة، حيث ظل يمارس نشاطه التجاري بشكل اعتيادي، بسبب نوعية النشاط الذي يمارسه، بيد أن هذا المستأجر ارتكب مخالفات للاشتراطات الصحية التي فرضتها وزارة الصحة جراء جائحة كورونا، على العاملين في هذه المحال، بما أدى إلى إغلاقه لفترة مؤقتة، فعندئذ لا يمكن لهذا المستأجر أن يتمسك بحقوقه المقررة في المادة ٥٨١ مدني كويتي؛ ذلك أن الأعمال الصادرة من السلطة العامة إنما صدرت بسببه، وجراء خطئه.

وفي ذلك يذهب جانب من الفقه، إلى أنه متى كان عمل السلطة العامة راجعاً لخطأ المستأجر، فإن المؤجر ينتقل إلى منطقة عدم تحمل التبعة، فلا يكون مسؤولاً، لا عن

(٥٤) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي في شرحها للمادة ٥٨١ منه، مرجع سابق ص ٣٦٥.

تعويض المستأجر فحسب، بل ولا عن فسخ العقد أو إنقاص مقدار الأجرة، ويلتزم المستأجر في مثل هذه الأحوال بدفع الأجرة المقررة إلى نهاية عقد الإيجار(٥٥).

الفرع الرابع
ألا يتضمن العقد اتفاقاً على تنازل المستأجر عن حقه في التمسك بإنقاص الأجرة أو فسخ العقد، جراء أعمال السلطة العامة

جاء في الفقرة الثالثة من المادة ٥٨١ مدني كويتي محل البحث ما نصه: "وكل ما سبق ما لم يقض الاتفاق بغيره"، وذلك يعني أن الأحكام الواردة في هذه المادة، ليست من النظام العام، فهي أحكام مكملة يجوز للأطراف الاتفاق على استبعادها، والأخذ بغيرها.

وبناء على ذلك فإنه يجوز الاتفاق على تشديد مسؤولية المؤجر، ويمكن التمثيل لذلك باتفاق مستأجر المحل التجاري مع المؤجر، على أن يتحمل هذا الأخير نتائج تعرض السلطة العامة للمحل التجاري، وعليه يكون هذا الاتفاق صحيحاً موافقاً للقانون، الذي أجاز للمتعاقدين الاتفاق على حكم آخر غير الوارد بنص المادة ٥٨١ مدني كويتي سالف الذكر، وتطبيقاً لهذا الاتفاق يكون المؤجر ضامناً لأي عمل يصدر عن السلطة العامة، يترتب عليه نقص انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة بصورة كبيرة، سواء أكان عمل السلطة العامة في حدود القانون، أم كان بالمخالفة له، وللمستأجر في مثل هذه الأحوال الرجوع على المؤجر إما بفسخ عقد الإيجار، أو بطلب إنقاص الأجرة، وبالتعويض في الحالتين متى كان له مقتضى، مع بقاء حق المستأجر في الرجوع بصورة مستقلة على السلطة العامة حال كان تعرضها لا يقوم على أسباب قانونية(٥٦).

كما أنه يجوز تخفيف مسؤولية المؤجر، ويظهر ذلك حين يتفق المؤجر مع المستأجر على تحمل المستأجر لتبعة التعرض الصادر من السلطة العامة، وتطبيقاً على ذات المثال السابق، فإنه حين يتفق مؤجر المحل التجاري مع مستأجره، على عدم تحمل المؤجر لنتائج تعرض السلطة العامة بصورة كلية أو جزئية، فقد يشمل التخفيف من مسؤولية المؤجر عدم التزامه بتعويض المستأجر عند وقوع التعرض من السلطة العامة، وكذلك إسقاط حق المستأجر في طلب إنقاص الأجرة أو فسخ العقد لهذا السبب، كما أن التخفيف من مسؤولية المؤجر قد يقتصر على بعض مما سبق، كأن يسقط حق المستأجر في طلب فسخ العقد، ويبقي على حقه في طلب إنقاص الأجرة.

---

(٥٥) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، البند رقم (٢) هامش ص ٤١٤.

(٥٦) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٤١٤.

والسؤال الذي يثور في هذا الشأن متى يكون للمستأجر الحق في طلب التعويض من السلطة العامة؟ ومتى يكون له طلب ذلك من المؤجر؟

بادئ ذي بدء فإن حق مستأجر المحل التجاري في الرجوع على الجهة الحكومية مصدرة القرار، الذي تسبب بنقص منفعته من محله التجاري بشكل كبير بطلب التعويض، يقوم في حالتين:

الأولى: عندما يكون عمل السلطة العامة الذي تسبب في نقص منفعة المستأجر قد صدر موافقاً للقانون، ومتبعاً إجراءات صحيحة، ولكن القانون المستند إليه، يقضي بصرف تعويضات للمتضررين، وهذا ما لم يحصل في الكويت، إذ إن القرارات الصادرة في هذا الشأن لا تقرر أية تعويضات لأصحاب المحال والمكاتب التجارية التي تأثرت بتلك القرارات.

الثانية: في حال تجاوز تلك الجهة للحدود المرسومة لها قانوناً، أو في حال كان عملها لا يستند إلى القانون أصلاً، وفي مثل هذه الحالة يحق للمستأجر مطالبة السلطة العامة بالتعويض، جراء الأضرار التي لحقت به.

ولا يحد من حق المستأجر هذا أن يكون قد تنازل عن حقوقه المقررة بنص المادة ٥٨١ مدني كويتي في مواجهة المؤجر.

أما فيما يتعلق برجوع المستأجر على المؤجر بالتعويض، فإن القاعدة أنه لا يحق للمستأجر الرجوع على المؤجر بالتعويض عن الأعمال الصادرة من قبل السلطات العامة، والتي تؤدي إلى نقص كبير في انتفاعه بالمأجور، إلا أنه يجوز الرجوع على المؤجر بالتعويض استثناءً في حالتين:

الأولى: متى كان قرار السلطة العامة الذي تسبب بنقص منفعة المستأجر بشكل كبير قد صدر بسبب يسأل عنه المؤجر، ذلك أن عمل السلطة العامة في مثل هذه الحالة يعد كأنما صدر من المؤجر ذاته، ويعتبر التعرض والحال كذلك صادراً منه بصورة شخصية، ولذلك فهو يسأل عنه كأي تعرض آخر يصدر منه(٥٧).

الثانية: وتتحقق هذه الحالة عندما يتفق المستأجر والمؤجر على ضمان المؤجر للأعمال الصادرة من السلطة العامة.

(٥٧) وما ذلك إلا بالتطبيق لنص المادة ٥٨١ مدني كويتي.
وانظر في ذات الاتجاه: محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد السابع، عقد الإيجار، ط ١، دار محمود للنشر، القاهرة، ٢٠١٤، ص ٥٤٠.

ويمكن التمثيل لخطأ المؤجر أنه عندما صدر في الكويت قرار إغلاق المجمعات التجارية فقد استثني من قرار الإغلاق، منافذ بيع المواد الغذائية الموجودة داخل تلك المجمعات التجارية، وقد التزمت إدارة مجمع "الأفنيوز" التجاري بتنفيذ قرار الإغلاق، مع بقاء متجر "كارفور" الموجود داخل المجمع مفتوحاً، لعدم تعارض ذلك مع قرارات السلطة العامة، ولكن لو فرضنا جدلاً بأن إدارة المجمع التجاري سمحت لمحلات أخرى بمخالفة قرار الإغلاق؛ مما أدى إلى إغلاق المجمع بالكامل بما فيه متجر "كارفور"، ففي مثل هذه الحالة يجوز لمثل هذا المتجر المطالبة بالتعويض من المؤجر؛ إذ إن إغلاق السلطات العامة لمتجره جاءت نتيجة لسبب يسأل عنه المؤجر.

وفي شأن اتفاق المؤجر والمستأجر على إسقاط حق المستأجر في طلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة، عند صدور قرار من السلطة العامة، ترتب عليه نقص كبير في منفعة المأجور، فإن التساؤل الذي يثور في هذا الصدد، يتمثل في نطاق هذا الاتفاق، وما إذا كان يقتصر على الحالات التي تنقص فيها منفعة العين المؤجرة بشكل كبير، أم أنه يمتد ليشمل الحالات التي تنعدم المنفعة فيها من المأجور؟

لم يقف الباحث – في حدود علمه – على رأي فقهي أو حكم قضائي يعالج أو يناقش هذا الموضوع، ويبدو للباحث أن الاتفاق يقتصر على الحالة التي تنقص فيها منفعة المأجور بشكل كبير، ولا يسري على الحالات التي تنعدم فيها منفعة العين المؤجرة، وسند ذلك صراحة العبارات الواردة في المادة ٥٨١ مدني كويتي، والتي جاء في الفقرة الأولى منها: "إذا ترتب على عمل صدر من السلطة العامة في حدود القانون **نقص كبير** في انتفاع المستأجر، جاز له أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة..."، واتباعاً للقاعدة المستقرة في التفسير بالتزام النص التشريعي حال وضوح ألفاظه، وعدم مجاوزته إلى ما سواه، أو الافتئات على إرادة المشرع.

كما أن القاضي يستطيع وفقاً لسلطته التقديرية استظهار إرادة المتعاقدين وحقيقة الاتفاقات التي يعقدونها من خلال ظروف الدعوى المعروضة أمامه.

وعليه فإذا ما اتفق مؤجر المحل أو المكتب التجاري مع المستأجر على عدم تحمل المؤجر تبعة قرارات السلطة العامة، التي يترتب عليها نقص كبير في منفعة المأجور، ثم صدر قرار من بلدية الكويت على إثر الجائحة، يقضي بإغلاق المحل التجاري كلياً لمدة ثلاثة أشهر على سبيل المثال، فإن قرار بلدية الكويت سالف الذكر ترتب عليه انعدام المنفعة بصورة تامة، خلال مدة الإغلاق، ويعتقد الباحث أن اتفاق المؤجر والمستأجر على تخفيف مسؤولية المؤجر، لا يمتد ليشمل هذه الحالة، والتي يبقى فيها المؤجر متحملاً تبعة قرارات السلطة العامة.

وفي نهاية هذا المطلب فإن من الأهمية بمكان أن نشير إلى أنه متى توافرت هذه الشروط سالفة البيان(٥٨)، فلا مبرر بعد ذلك للبحث في مدى اعتبار الظروف التي تمر بها الكويت، من قبيل الظروف الطارئة أو القوة القاهرة، تأسيساً لطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة؛ إذ إن توافر موجبات تطبيق نص المادة ٥٨١ مدني كويتي كافية بحد ذاتها؛ ذلك أن أحكام القضاء تواترت على اعتبار عمل السلطة العامة بمثابة القوة القاهرة التي يمكن الركون إليها عند طلب فسخ عقد الإيجار أو إنقاص الأجرة، وقد قضي بأنه: "من المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن النص في المادة ٥٨١ من القانون المدني على أنه: "١– إذا ترتب على عمل صدر من السلطة العامة في حدود القانون نقص كبير في انتفاع المستأجر، جاز له أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة، ما لم يكن عمل السلطة بسبب يعزى إليه. ٢–........ ٣–.......... – وكل ما سبق ما لم يقض الاتفاق بغيره"، مؤداه – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لذات القانون – أن الأعمال الصادرة من السلطات العامة ومثلها القرارات الصادرة من جهة الإدارة، والتي يترتب عليها حرمان المستأجر من انتفاعه بالمأجور، أو الإخلال بالانتفاع به، **تعتبر من قبيل القوة القاهرة التي لا يكون المؤجر ملتزماً بضمانها، ولكنه يتحمل تبعتها**، فيكون للمستأجر تبعاً لجسامة الإخلال بالانتفاع أن يطلب فسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة، ولكن بشرط ألا يكون عمل السلطة ناجماً عن عمل يعزى إلى المستأجر، وأن يكون هناك نقص كبير في الانتفاع، وكل هذا ما لم يتم الاتفاق بين الطرفين على غيره"(٥٩).

مع الأخذ بالاعتبار أن المحكمة هي من تقدر الجسامة في نقص المنفعة، فلها أن تجيب المستأجر إلى طلب الفسخ أو تكتفي بإنقاص الأجرة "(٦٠).

---

(٥٨) وهي:
١ – صدور عمل من السلطة العامة في حدود القانون.
٢ – أن ينجم عن العمل الصادر من السلطة العامة نقص كبير في المنفعة بالعين المؤجرة.
٣ – ألا يعزى العمل الصادر من السلطة العامة إلى المستأجر.
٤ – ألا يتضمن العقد اتفاقاً على تنازل المستأجر عن حقه في التمسك بإنقاص الأجرة أو فسخ العقد، جراء أعمال السلطة العامة.

(٥٩) الطعن بالتمييز رقم ١٨١ لسنة ٢٠١٣ مدني، جلسة ٢٠١٤/٧/٢٢، محكمة التمييز، المكتب الفني، مجموعة من أهم وأحدث المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة التمييز، خلال الفترة من ٢٠١٤/٤/١ وحتى ٢٠١٦/٣/٣١، المستحدث في المواد التجارية والإدارية والمدنية والعمالية والأحوال الشخصية، الإصداران الحادي عشر والثاني عشر، مايو ٢٠١٧، ص ٢١٢.

(٦٠) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي في شرح المادة ٥٨١ منه.

المبحث الثالث
المحال والمكاتب التجارية التي انعدم الانتفاع بها بسبب الجائحة (الإغلاق الكلي)

عرضنا فيما سبق إلى الحالة التي تنقص فيها منفعة المستأجر بشكل كبير في المحل أو المكتب التجاري، ونحاول في هذا القسم من الدراسة بحث الحالة التي تنعدم المنفعة فيها من المحل التجاري، بسبب القرارات التي صدرت من السلطة العامة، مع رغبة المستأجر في التمسك بعقد الإيجار حيث إن مصلحته في استمراره، إذ يُلحق فسخ العقد به أضراراً جديدة تضاف لأضراره السابقة، كما أن إنقاص الأجرة لا يتناسب مع انعدام منفعته من المأجور في ظل قرار السلطات العامة بإغلاقه بصورة كلية، وبناء عليه نبحث في سبيل ذلك عن قواعد قانونية أخرى يمكن للمستأجر الاستناد إليها لوقف التزامه بدفع الأجرة لحين زوال الجائحة والسماح له بمباشرة نشاطه في محله التجاري مرة أخرى.

ومن حيث إن المشرع الكويتي، ومن بعده قضاء محكمة التمييز مستقران على اعتبار قرارات السلطة العامة التي تؤثر على منفعة عقد الإيجار بمثابة القوة القاهرة التي تحرم المستأجر من انتفاعه أو تنتقص منه، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك في ختام المبحث السابق.

وحيث إن المشرع الكويتي قد نظم حالة القوة القاهرة ابتداء بنص المادة ٢١٥ مدني كويتي والذي جرى على أنه:

"١- في العقود الملزمة للجانبين، إذا أصبح تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه انقضى هذا الالتزام، وانقضت معه الالتزامات المقابلة على الطرف الآخر وانفسخ العقد من تلقاء نفسه.

٢ - فإن كانت الاستحالة جزئية، كان للدائن بحسب الأحوال أن يتمسك بالعقد فيما بقي ممكن التنفيذ، أو أن يطلب فسخ العقد".

ولما كان النص سالف الذكر مقتصراً على الاستحالة الكلية الدائمة للالتزام، والاستحالة الجزئية الدائمة له، ولم يتطرق إلى الاستحالة المؤقتة، وهي الحالة التي يكون فيها تنفيذ الالتزام كله مستحيلاً، ولكن لفترة محدودة[٦١].

---

(٦١) ولا تسعف في ذلك المادة ٤٣٧ منه والتي جرى نصها على أنه: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه".

ويذهب رأي في الفقه إلى أن التفرقة بين الاستحالة الدائمة والمؤقتة ليس لها سند في القانون، وإنما يرجع الفضل في ابتداعها للقضاء الفرنسي، الذي حدته الرغبة في تنفيذ العقود بأمانة وإخلاص، لتحقيق الاستقرار اللازم للمعاملات[٦٢].

كما أن القضاء الكويتي تصدى لهذا النقص التشريعي - على ما سنرى - وأسس لنظرية وقف تنفيذ العقد مؤقتاً لحين زوال المانع من تنفيذ العقد، دافعه في ذلك المحافظة على بقاء العقد ما وسعه ذلك، وحفظ فرصة تنفيذه مستقبلاً[٦٣].

ويشير جانب من الفقه إلى أن نظرية وقف تنفيذ العقد ظهرت في أحضان نظرية القوة القاهرة. ولذلك فهي تعد امتداداً لآثار القوة القاهرة[٦٤].

ومقتضى هذه النظرية أنه إذا استحال على المتعاقد تنفيذ التزامه لسبب أجنبي لا يد له فيه، فإن التزامه ينقضي وتنقضي معه الالتزامات المقابلة له، متى كانت الاستحالة مطلقة ودائمة.

أما إذا كانت الاستحالة مؤقتة، فلا ينفسخ العقد بحكم القانون، وإنما يوقف

---

(٦٢) محمود جمال الدين زكي، عقد العمل في القانون المصري، ط٢، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٢، ص ٨٧٤.

وفي تأكيد أسبقية النظام القانوني الفرنسي في تطبيق قواعد نظرية القوة القاهرة، انظر:
Seng Hansen, op. cit,p:202.

(٦٣) تلزم الإشارة إلى أن استحالة التنفيذ المطلقة والدائمة لسبب أجنبي تؤدي إلى انقضاء العقد بقوة القانون، وهي مناط تطبيق الفقرة الأولى من المادة ٢١٥ مدني كويتي سالفة الذكر، أما الاستحالة الجزئية الدائمة، فلا تؤدي إلى انقضاء العقد، إذ إن تأثير القوة القاهرة الدائم مقتصر على جزء من العقد، فيكون للدائن أن يمسك بتنفيذ ما بقي ممكناً من العقد، أو طلب فسخه، أما الاستحالة الكلية المؤقتة - محل بحثنا في هذا الجزء - فلا تؤدي إلى انقضاء العقد وإنما إلى وقف تنفيذه لحين زوال أثر القوة القاهرة أو قرارات السلطة العامة محل الدراسة.

وقد قضي بأن: "مفاد نص الفقرة الأولى من المادة ٢١٥ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الاستحالة التي تقضي إلى انفساخ العقود الملزمة للجانبين - يجب أن تكون دائمة، ولا يعد من قبل ذلك الحادث الطارئ الذي يترتب عليه وقف تنفيذ الالتزامات مؤقتاً - فإذا ما زال هذا الطارئ فإن الالتزامات المؤجلة تستأنف سيرها، ولا يكون له من أثر على قيام العقد".

الطعن بالتمييز رقم ٥٢٣ لسنة ٢٠٠١ تجاري، جلسة ٢٠٠٣/١/٢٦، منشور على موقع مركز تصنيف وبرمجة الأحكام القضائية، جامعة الكويت:
http://ccda.kuniv.edu.kw/index.php/searchform

(٦٤) حسام الدين كامل الأهواني، شرح قانون العمل، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، ١٩٩١، ص ٥٦٤.

تنفيذه مؤقتاً لحين زوال الاستحالة، على أن يستأنف الالتزام بعد زوالها متى كان تنفيذه ممكناً.

ويذهب جانب في الفقه إلى أن القوة القاهرة التي ينفسخ معها العقد، هي التي تكون الاستحالة فيها نهائية، أما إذا كانت مؤقتة، فلا ينفسخ العقد، بل يقف حتى زوال هذه الاستحالة(٦٥).

ونحاول في هذا المبحث تسليط بعض الضوء على الآثار المترتبة على استحالة تنفيذ عقد إيجار المحل أو المكتب التجاري كلياً بصورة مؤقتة، حيث نعرض في المطلب الأول إلى مفهوم استحالة التنفيذ المؤقتة للعقد وشروط تحققها، ثم نعرض لأثر استحالة التنفيذ المؤقتة على العقد في مطلب ثان.

المطلب الأول
مفهوم استحالة التنفيذ المؤقتة للعقد وشروط تحققها

تعتبر استحالة التنفيذ المؤقتة من الأسباب التي تؤدي إلى وقف العقد، بهدف عودة سريانه بعد زوال المانع، متى كان ذلك محققاً لمصلحة المتعاقدين(٦٦).

ونعرض في هذا المطلب إلى مفهوم استحالة التنفيذ المؤقتة للعقد في فرع أول، ثم إلى شروط تحقق استحالة التنفيذ المؤقتة للعقد في فرع ثان، وذلك على النسق الآتي:

الفرع الأول
مفهوم استحالة التنفيذ المؤقتة للعقد

لما كانت العقود بعد أن تنشأ صحيحة وأثناء تنفيذها، معرضة لحوادث تؤثر على التزامات أطرافها، وقد تؤدي إلى استحالة التنفيذ، سواء بصورة دائمة أو مؤقتة، وسواء بصورة كلية أو جزئية.

---

(٦٥) محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص ٨٧٣.
وفي ذات الاتجاه يذهب جانب من الفقه إلى أن القوة القاهرة لها أثران أساسيان هما إنهاء العقد أو تعليقه، راجع:
Seng Hansen, op. cit,p:203.

(٦٦) حياة حامي، بحث بعنوان: استحالة تنفيذ الالتزام المؤقتة،
Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Politiques et Economiques Volume 54, Numéro 2,(2017), P: 212.

وعليه فإن استحالة تنفيذ العقد لسبب أجنبي، قد تكون سبباً لانقضاء العقد، كما أنها قد تكون سبباً لوقف تنفيذه مؤقتاً، أو تنفيذه جزئياً بحسب الأحوال.

وقد سبقت الإشارة إلى أن الاستحالة الكلية المطلقة، الناجمة عن سبب أجنبي عن المتعاقدين، مؤداها انقضاء العقد بقوة القانون دون الحاجة لإجراء آخر.

أما الاستحالة الجزئية الدائمة للعقد، فإنها تكون في حال اقتصار أثر القوة القاهرة على جزء من الالتزام العقدي، وبقاء جزء آخر قابل للتنفيذ، ومجال تطبيق ذلك يكون في العقود التي يقبل محلها الانقسام إلى أجزاء.

أما الاستحالة التي نبحثها في هذا الجزء من الدراسة فهي الاستحالة المؤقتة، وتظهر في الأحوال التي تعترض تنفيذ العقد أثناء حياته قوة قاهرة لها صفة التأقيت، فتؤدي هذه الاستحالة المؤقتة إلى وقف تنفيذ العقد لفترة معينة، لحين زوال المانع الذي أدى لوجود الاستحالة المؤقتة.

ويمكن التمثيل لذلك بقرارات السلطة العامة في الكويت بإغلاق المحال والمجمعات والمكاتب التجارية، بصورة مؤقتة احترازياً لمواجهة آثار جائحة كورونا.

أما في حال استمرار القوة القاهرة، واتصافها بالديمومة بعكس ما كان متوقعاً لها، فإن الاستحالة الكلية المؤقتة، تنقلب إلى استحالة مطلقة تؤدي إلى انقضاء العقد.

ويذهب جانب في الفقه إلى أن وقف تنفيذ العقد المستمر (الزمني) لمدة معينة، سواء أكان ذلك بإرادة عاقديه أم كان لسبب أجنبي لا يد لهما فيه، يؤدي إلى إنقاص الالتزامات الناشئة في حدود ما يقابل مدة الوقف، ويضرب لذلك مثلاً بعين مؤجرة أغرقتها السيول، مما حال دون انتفاع المستأجر بها خلال تلك المدة، فيترتب على ذلك زوال التزام المؤجر بتمكين المستأجر من العين المؤجرة، وكذلك زوال الالتزام المقابل بدفع المستأجر للأجرة(٦٧).

ويشير جانب من الفقه بحق(٦٨) إلى أن الاستحالة المؤقتة تجد مجالها الرحب في العقود الزمنية(٦٩)، شريطة أن يكون زمن تنفيذ الالتزام فيها ثانوياً، فإذا كان زمن أداء أي من المتعاقدين لالتزامه جوهرياً، فإنه يتعين على القاضي - والحال كذلك - الحكم بفسخ العقد.

---

(٦٧) عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دون ناشر، ١٩٨٣، ص ٦٧.

(٦٨) حياة حامي، مرجع سابق، ص ٢١٥.

(٦٩) أما العقود الفورية فلا يتصور معها حدوث الاستحالة المؤقتة.

الفرع الثاني
شروط تحقق استحالة التنفيذ المؤقتة للعقد

لما كانت العقود الملزمة من جانب واحد معرضة لوقوع حالة استحالة في تنفيذها(٧٠)، إلا أنها تخرج عن نطاق بحثنا، وذلك نتيجة لطبيعة عقد إيجار المحل والمكتب التجاري، وعليه فإن الشرط المفترض من شروط تحقق استحالة التنفيذ المؤقتة لعقودنا محل البحث أن يكون العقد ملزماً للجانبين، ويضاف إلى ذلك ثلاثة شروط نعرضها وفقاً للترتيب التالي:

أولاً – استحالة تنفيذ العقد استحالة مؤقتة:

يقصد بالتأقيت في هذا الشأن، إمكانية انتهاء الأسباب التي أدت إلى الوقف، وذلك قبل انتهاء المدة المقررة لتنفيذ العقد، حتى يكون من الممكن استئناف تنفيذ العقد بعد انتهاء مدة الوقف، وأن يكون تنفيذه من بعد ذلك مجدياً ومفيداً للمتعاقدين(٧١).

وبناء عليه، ومن حيث إن زوال المانع أو القوة القاهرة التي أثرت على تنفيذ الالتزام، هو أمر مستقبلي، لا يمكن الوقوف عليه على وجه اليقين، فإن الاعتماد يكون على معيار الاحتمال الراجح، الذي تشير له شواهد الحال، فيكون المانع مؤقتاً متى كانت الشواهد تدل على إمكانية زواله في المستقبل، ويخضع ذلك للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع.

ويذهب جانب من الفقه إلى أنه في العقود الملزمة لجانبين، كعقد الإيجار، ينقضي الالتزام إذا استحال تنفيذه، وتنقضي معه الالتزامات المقابلة، وينفسخ العقد تلقائياً، وما ذلك إلا تطبيق لنظرية السبب، فإذا انقضى التزام، انقضى ما يقابله من التزام لزوال سببه، وذلك متى كانت الاستحالة مطلقة ولسبب أجنبي عن المدين.

أما إذا كانت الاستحالة مؤقتة – كواقع حال غالبية المحال التجارية في الكويت

---

(٧٠) تنص المادة ٢١٤ مدني كويتي على أنه:
"١ – في العقود الملزمة لجانب واحد، إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، انفسخ العقد من تلقاء نفسه.
٢ – فإن كانت الاستحالة جزئية، جاز للدائن أن يتمسك بالعقد فيما بقي من الالتزام ممكن التنفيذ.".

(٧١) خالد جاسم الهندياني، وقف عقد العمل، دراسة تأصيلية مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة ٢٤، العدد ٤، ٢٠٠٠، ص ١٨٧.

الآن – فيذهب هذا الرأي إلى أن العقد لا يفسخ – والحال كذلك – بل يوقف بصورة مؤقتة(٧٢).

ويرى جانب من الفقه بحق أن المشرع الكويتي لم يتناول إلا فرضية الاستحالة الدائمة دون أن يتعرض للاستحالة المؤقتة، ومع ذلك يشير هذا الرأي إلى أن الفقه الفرنسي والعربي مجمع على اعتبار أن وجود القوة القاهرة يعد استحالة مؤقتة تحول دون تنفيذ العقد، فلا ينقضي العقد تبعاً لذلك، وإنما يوقف تنفيذه إلى حين زوال سبب الاستحالة.

كما يؤكد هذا الرأي بأن ذلك هو ما ينطبق على المنشآت التي صدر قرار بإغلاقها إغلاقاً بصورة كلية في الكويت، خلال المدة التي حددها مجلس الوزراء، وعليه فإن التزام المستأجر بدفع الأجرة للعين المؤجرة، يقف تنفيذه إلى حين صدور قرار من مجلس الوزراء بإعادة فتح تلك المنشآت بعد زوال جائحة كورونا.

وينتهي هذا الرأي إلى أن تمسك المستأجر بوقف تنفيذ عقد الإيجار (الالتزام بدفع الأجرة) خلال مدة الإغلاق الصادرة بقرار السلطة العامة، يستند إلى القوة القاهرة، وبالتالي فإنه يكون بقوة القانون، ولا يعد – والحال كذلك – من قبيل النزاعات حول الأجرة أو الخصم منها أو إنقاصها، والتي حظرها المشرع بموجب نص المادة العاشرة من المرسوم بقانون بشأن إيجار العقارات(٧٣).

ويؤكد على ذلك جانب من الفقه، حيث يقرر بأنه إذا كانت استحالة التنفيذ مؤقتة بمدة، تعود بعدها إمكانية تنفيذ الالتزام، فلا ينقضي الالتزام في هذه الحالة، وإنما يوقف تنفيذه مدة الاستحالة المؤقتة، طالما كانت طبيعة الالتزام تسمح بذلك(٧٤).

كما يذهب جانب آخر من الفقه إلى أنه لا يمكن إعمال وقف العقد إلا في حال كانت استحالة تنفيذ الالتزام مؤقتة، فإذا كانت الاستحالة جزئية فلا يوقف العقد بل يتم فسخ الجزء الذي طالته الاستحالة، ويبقى مستمراً في الجزء المتبقي منه(٧٥).

---

(٧٢) مسلط قويعان الشريف، بحث موجز بعنوان: عدم دفع الأجرة للمحال التجارية المغلقة، بين نظرية الوقف وضمان عدم التعرض، منشور على موقع أركان للاستشارات القانونية، ص ٣. http://arkanlaw.com

(٧٣) سامي عبد الله الدريعي، دراسة موجزة (دون عنوان) جاءت على شكل دعوة لمجلس الأمة بإقامة التوازن بين المنفعة والأجرة في عقد الإيجار خلال جائحة كورونا بناء على قرار الحكومة بالتعطيل، منشورة في جريدة الأنباء، العدد ١٥٨٤٣، الصادر بتاريخ ٢٠٢٠/٥/٨، ص ١٠.

(٧٤) إبراهيم أبو الليل، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٤٣٨.

(٧٥) حياة حامي، مرجع سابق، ص ٢١٦.

وقد قضت محكمة التمييز الكويتية في تأييد ذلك بأنه: "..أما إذا كانت الاستحالة مؤقتة، وزالت بعد حلول ميعاد التنفيذ، فإن هذه الاستحالة ليس من شأنها انقضاء الالتزام، بل هي تقتصر على وقفه إلى أن يصبح قابلاً لتنفيذه فينفذ" (٧٦).

كما قضت بأن: "استحالة التنفيذ التي يترتب عليها انقضاء الالتزام طبقاً لحكم المادة ٤٣٧ من القانون المدني، هي الاستحالة الموضوعية التي تتعلق بالالتزام في ذاته لا بشخص المدين، والتي تجعل التنفيذ مستحيلاً استحالة مطلقة، بالنسبة للكافة وليس بالنسبة للمدين وحده، فإذا لم يكن تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة على هذا النحو، انتفى القول بانقضاء الالتزام، ولما كان ذلك وكان التزام المستأنف ينصب على أداء مبلغ من النقود، فإنه يكون التزاماً قابلاً بطبيعته للتنفيذ دائماً، ولا ترد عليه الاستحالة الموضوعية المطلقة، وإنما الاستحالة المؤقتة التي ليس من شأنها أن تقتضيه(٧٧)، بل تقتصر على وقفه إلى أن يصبح قابلاً للتنفيذ فينفذ" (٧٨).

ثانياً - ألا تكون استحالة التنفيذ المؤقتة للعقد راجعة إلى أحد المتعاقدين:

يقتضي هذا الشرط بأن تكون استحالة التنفيذ المؤقتة للعقد، ناجمة عن سبب أجنبي عن المتعاقدين، كقوة قاهرة لا يمكن توقعها ولا دفعها(٧٩)، ولذلك فإن إعمال وقف العقد لاستحالة تنفيذه مؤقتاً، يستلزم أن تكون الاستحالة المؤقتة مستقلة عن المتعاقدين، بألا تكون راجعة لفعل أحدهما، ذلك أن الاستحالة في التنفيذ متى كانت بسبب فعل أحد المتعاقدين، فإنها لا تعفيه من تنفيذ التزامه، ولا تستوجب تطبيق قواعد القوة القاهرة، بل أنه يكون للمتعاقد الآخر طلب التنفيذ بمقابل أو فسخ العقد قضاء أو اتفاقاً بحسب ما تقتضيه مصلحته، فالقاعدة أن المتعاقد الذي يرتكب خطأ ما يؤدي لاستحالة التنفيذ المؤقتة، عليه أن يتحمل الآثار الناجمة عن فعله، ولا يجوز له جراء ذلك التمسك بوقف العقد، علماً بأن ذلك من مسائل الواقع الذي تستقل بتقديره محكمة الموضوع.

---

(٧٦) الطعن بالتمييز رقم ٤٦٠ لسنة ٢٠٠١ تجاري، جلسة ٢٠٠٢/٢/٩، منشور على موقع محاماة: https://www.mohamah.net/law/

(٧٧) كتبها الباحث كما وردت في الحكم، وبحسب السياق فقد يكون هناك خطأ مطبعي في الحكم.

(٧٨) الطعن بالتمييز رقم ٨٣٠ لسنة ٢٠٠٢ تجاري، جلسة ٢٠٠٣/١١/٣، منشور على موقع مركز تصنيف وبرمجة الأحكام القضائية، جامعة الكويت: http://ccda.kuniv.edu.kw/index.php/searchform.

(٧٩) فالقوة القاهرة كما يرى البعض خارجة عن سيطرة أطراف العقد، راجع:
Jill Poole, James Devenney & Adam Shaw-Mellors., "Contract Law Concentrate", Law Revision and Study Guide, 3rd Edition, Oxford University Press, 2017, P:169.
See also: Seng Hansen, op. cit, p:203.

وفي ذلك قضت محكمة التمييز بأنه: "وإن كان مقتضى القواعد العامة في القانون المدني أن الالتزام ينقضي إذا أصبح الوفاء به مستحيلاً بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، سواء أكانت الاستحالة فعلية أم قانونية، إلا أن استخلاص استحالة تنفيذ الالتزام استحالة فعلية أم عدم استحالته هو من مسائل الواقع التي تدخل في سلطة محكمة الموضوع، التي لها وحدها حق تقدير ما يقدم إليها في الدعوى من البينات وفهم ما يقدم فيها من القرائن، ولها وهي تباشر سلطتها في هذا التقدير أن تأخذ بما تطمئن إليه مطرحة ما عداه، ولو كان محتملاً متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق وتؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها"(٨٠).

ثالثاً - ألا يكون ميعاد تنفيذ العقد جوهرياً:

يقتضي وقف العقد عند الاستحالة المؤقتة، ألا يكون ميعاد التنفيذ جوهرياً(٨١)، وذلك يتطلب ألا يكون لمدة تنفيذ العقد اعتبار خاص لدى المتعاقدين، ويكون كذلك إذا كان يترتب على فواته أن يصبح التنفيذ غير مفيد لطرفيه أو أحدهما، وعليه فإنه يشترط أن تكون مدة تنفيذ العقد عنصراً ثانوياً فيه، فإن كان خلاف ذلك، بأن كان ميعاد التنفيذ جوهرياً في العقد، فإنه يترتب على الاستحالة انفساخ العقد لا وقفه(٨٢).

ويمكن التمثيل لعقود الإيجار التي يكون ميعاد تنفيذ العقد فيها جوهرياً، بعقد أبرم في بداية العام لاستئجار صالة فندقية، لمدة شهر يبدأ من تاريخ ١٥ أبريل ٢٠٢٠، وذلك لإقامة معرض تسويق عقاري إقليمي، وعلى إثر جائحة كورونا وصدور قرار من السلطة العامة بإغلاق جميع الصالات الفندقية، وتوقف حركة الطيران، وتباطؤ حركة الاقتصاد العالمي، فقد أصبح تنفيذ هذا العقد مستحيلاً استحالة دائمة، لا يجدي معها وقف العقد، ذلك أن ميعاد تنفيذ العقد هو عنصر جوهري فيه، وبالتالي فإن مآل العقد - والحال كذلك - إلى الانفساخ.

بيد أنه بالنظر إلى غالبية عقود إيجار المحال والمكاتب التجارية، وهي عقود زمنية، فإن الباحث يعتقد أن ميعاد تنفيذ العقد في غالبيتها هو عنصر ثانوي، بما يسوغ معه وقف تلك العقود لحين زوال آثار قرارات السلطة العامة.

---

(٨٠) الطعن بالتمييز رقم ٨٦ لسنة ٩٤ تجاري، جلسة ١٩٩٥/١٢/١١، منشور على موقع إدارة الفتوى والتشريع بمجلس الوزراء:
www.law.gov.kw/MainTabsPage.aspx?val=KWT-CC-ArAC1 http://www.law.gov.kw/login.aspx#

(٨١) انظر في ذلك، مسلط قويعان الشريف، مرجع سابق، ص ٣.

(٨٢) حياة حامي، مرجع سابق، ص ٢١٧.

وعليه فإنه خلال القوة القاهرة المؤقتة، وهي في البحث الماثل قرارات السلطة العامة، فإن عقد إيجار المحل التجاري، يتوقف فلا يسري طوال مدة سريان قرارات الإغلاق الصادرة من السلطة العامة، فيتم إسقاط هذه المدة من العقد، ويستمر عقد الإيجار من بعدها إلى نهاية مدته(٨٣).

المطلب الثاني
أثر استحالة التنفيذ المؤقتة على العقد

يعد وقف التنفيذ أهم الآثار المترتبة على الاستحالة المؤقتة، ولهذا فإن من الأهمية بمكان أن نخصص له فرعاً مستقلاً، نعرض فيه لمفهومه وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له، ومن ثم نعرض لبقية آثار استحالة التنفيذ المؤقتة على العقد في فرع ثان.

الفرع الأول
وقف تنفيذ العقد

لما كان الأثر الأساسي للاستحالة المؤقتة هو وقف تنفيذ العقد، إلى حين انقضاء السبب الذي أدى للاستحالة المؤقتة، وإبراء الأطراف من المسؤولية عن عدم التنفيذ خلال فترة الوقف(٨٤)، بما يحافظ على العلاقة التعاقدية من الزوال، فإن الباحث يعرض في هذا الفرع إلى مفهوم وقف تنفيذ العقد، ثم تمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة له، وذلك على النحو التالي:

أولاً – مفهوم وقف العقد:

وقف العقد يعني توقف تنفيذ الالتزامات العقدية لفترة مؤقتة، دون أن يؤدي ذلك إلى انقضاء العقد، الذي يبقى موجوداً، وتعود الالتزامات العقدية إلى السريان بزوال المانع الذي أدى إلى وقف العقد.

ولم يعن المشرع الكويتي – وغالبية التشريعات العربية – بتعريف وقف العقد، تاركاً ذلك للفقه والقضاء.

---

(٨٣) راجع في هذا الاتجاه: جميل محمد بني يونس، مقال بعنوان: دور الزمن في تنفيذ العقد، منشور في صحيفة الوطن الإلكترونية، بتاريخ ٨/٢/٢٠١٩، https://alwatannews.net/article/815457/Opinion/، تاريخ المشاهدة: ٢٠/٥/٢٠٢٠.

(٨٤) شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، ط١، مطبوعات أكاديمية شرطة دبي، ٢٠١٠، ص ٣٣٣.

ويعرف جانب من الفقه وقف العقد بأنه: "تعطيل أو إعاقة مؤقتة في تنفيذ العقد، ناجمة عن حدث يخرج عن سيطرة الأطراف، ويهدف إلى الحفاظ على الرابطة العقدية خلال فترة الانقطاع، من أجل استئناف العقد مرة أخرى" (٨٥).

وذهب بعض الفقه إلى محاولة وضع نظرية عامة للوقف من خلال تعريفه بأنه وسيلة قانونية، تهدف لمواجهة اضطراب وقتي راجع إلى فعل القانون أو الواقع، أو للتصدي إلى قصور في تنفيذ عقد متراخي التنفيذ، لضمان استمرارية العقد وتنفيذه، بصورة مباشرة وصحيحة، متى كان ذلك ممكناً ومفيداً للمتعاقدين في المستقبل(٨٦).

ويشير جانب من الفقه إلى أن وقف تنفيذ العقد قد يرجع إلى اتفاق المتعاقدين، كما هو الحال في عقد العمل، كما أنه قد يرجع إلى حكم القاضي، إذا ما طرأت ظروف مؤقتة تحول دون تنفيذ العقد، وكان مصير هذه الظروف الزوال في القريب العاجل، حيث يجوز للقاضي في تلك الأحوال، بعد تقديره لمصلحة طرفي العقد، الحكم بوقف تنفيذ العقد إلى حين زوال العارض الذي ألم بالعقد أو أطرافه(٨٧).

وقد رأينا فيما سبق موقف محكمة التمييز الكويتية، الذي يكرس نظام وقف تنفيذ العقد في سبيل المحافظة على العقد، إذ استقرت أحكامها على تطبيق هذا النظام بشروط معينة سبقت الإشارة إليها.

ويعتقد الباحث بأن نظام وقف العقد إنما هو وقف مؤقت لحياة العقد لفترة محددة، يعود بعدها للسريان بعد انقضاء سبب الوقف، ويترتب على هذا الوقف جملة من الآثار نعرض لها في الفرع التالي.

كما يتميز نظام وقف العقد جراء الاستحالة المؤقتة، بتعدد أسباب تحققه، فقد يكون نتيجة حدوث قوة قاهرة، كما أنه قد يكون جراء حدوث ظروف طارئة(٨٨).

---

(٨٥) حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، مطبعة مصر، ١٩٤٩، ص ٤٤١.
مشار إليه لدى: أحمد مروك، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر١ - بن يوسف بن خدة -، ٢٠١٤-٢٠١٥، ص ٢٠٧.

(٨٦) انظر في ذلك:
Nabil Saad, "la Suspension dans l’exécution des contrats", Essai d’une théorie, generale, Tome 11, These Dijon 1981. P:286.
مشار إليه لدى: خالد جاسم الهندياني، مرجع سابق، ص ١٨٥.

(٨٧) إبراهيم أبو الليل، نظرية الالتزام، المصادر الإرادية للالتزام، مرجع سابق، ص ٣٠١.

(٨٨) يقع ضمن سلطة المحكمة التقديرية اللجوء إلى وقف العقد مؤقتاً، بالتطبيق لنظرية الظروف الطارئة متى توافرت شروطها، باعتبار أن وقف تنفيذ العقد، يحقق في بعض الأحيان رداً للالتزام المرهق، بما يعيد للعقد توازنه الاقتصادي. =

ثانياً – تمييز وقف العقد عن الأنظمة المشابهة له:

يعتبر وقف العقد نظاماً مستقلاً، حيث إن له خصائص وشروط تميزه عن غيره من الأنظمة القانونية المشابهة، وقد سبق القول إن هذا النظام يهدف إلى المحافظة على الرابطة العقدية ما أمكن، وتحقيق الاستقرار للعقد عند تعرضه لأحد الأسباب التي تمنع تنفيذه مؤقتاً، ونحاول بإيجاز شديد التمييز بين نظام وقف العقد وكل من الأجل القضائي والدفع بعدم التنفيذ، وذلك على النحو التالي:

١ – تمييز نظام وقف العقد عن الأجل القضائي (نظرة الميسرة)[٨٩]:

يعرف الأجل القضائي أو نظرة الميسرة بأنها مهلة يمنح فيها القاضي للمدين أجلاً، حتى يتمكن من سداد ديونه، وذلك إذا حال بينه وبين تنفيذ التزامه ظروف صعبة تحول دون وفائه بالتزامه في الميعاد المحدد[٩٠].

وعليه فإن الأجل القضائي في حقيقته إرجاء لتنفيذ التزام معين، يأمر به القضاء رغم حلول أجل الوفاء، مراعاة منه لحال المدين وظروفه[٩١].

= فإذا ما رأت المحكمة أن الظرف الطارئ مؤقت ويوشك أن يزول، فإن للقاضي أن يأمر بوقف تنفيذ العقد مؤقتاً حتى انقضاء المانع، ولكن ذلك مقيد بألا يؤدي وقف تنفيذ الالتزام إلى إلحاق ضرر جسيم بالمتعاقد الآخر.

للمزيد راجع في ذلك: عبد القادر أقصاصي، بحث بعنوان: نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدي، منشور في المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، المجلد٢، العدد٢، ديسمبر ٢٠١٨، ص ١٤٠.

(٨٩) يمثل أساس منح المدين نظرة ميسرة - بعد قواعد الشريعة الإسلامية - قواعد العدالة التي تهدف للتخفيف من قسوة القانون، كما أن نظرة الميسرة (الأجل القضائي) تعد استثناء على شريعة المتعاقدين، انظر في ذلك:

دعاء موسى عبد الرحمن، دور القاضي في العقود المدنية والتجارية، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الأزهر-غزة، ٢٠١٨-٢٠١٩، ص ١٩١.

(٩٠) تنص المادة ٣٣٤ مدني كويتي على أنه: "إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة عينت المحكمة ميعاداً مناسباً لحلول الأجل، مراعية في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة ومفترضة فيه عناية الشخص الحريص على الوفاء بالتزامه.".

كما نصت المادة ٤١٠ منه على أنه: "١- يجب أن يتم الوفاء بمجرد ترتب الالتزام في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلافه.

٢- ومع ذلك يجوز للقاضي، إذا لم يمنعه نص في القانون، أن ينظر المدين إلى أجل مناسب أو يقسط الدين عليه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن ضرر جسيم. ".

(٩١) ويذهب رأي إلى أنه يمكن للقضاء استخدام سلطته التقديرية في منح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه (نظرة الميسرة)، وذلك للتخفيف من حدة آثار جائحة كورونا، راجع: عبد المغيث الحاكمي، دراسة بعنوان: دور القانون والقضاء في الحد من تأثير فيروس كورونا على =

ويتشابه النظامان في أنه يترتب عليهما وقف تنفيذ الالتزام لفترة محددة، توقياً لفسخ العقد.

إلا أنهما يختلفان من حيث إن سبب وقف العقد يعود إلى قوة قاهرة أو ظروف طارئة، وبشكل عام سبب أجنبي عن المتعاقدين، أما السبب في الأجل القضائي فسببه مرتبط بظروف المدين وتقصيره في تنفيذ التزامه.

ويعتقد الباحث أنه بالإضافة إلى اختلاف النظامين السابقين، فإن الأجل القضائي لا يتم تطبيقه في الموضوعات التجارية – ومنها عقد الإيجار التجاري – إلا في ظروف مشددة ليس منها عقدنا الماثل محل البحث، حيث نص المشرع الكويتي على أنه: "لا يجوز للقاضي منح المدين بالتزام تجاري مهلة للوفاء به أو تقسيطه إلا في الأحوال المنصوص عليها في هذا القانون، أو إذا اقتضت ذلك ضرورة قصوى"[٩٢].

ومن ذلك يظهر بجلاء منهج المشرع الكويتي في التشدد في مسألة منح الأجل القضائي للمدين لسداد دينه التجاري، فقرر أن ذلك لا يكون إلا بنص، وفي حالة الضرورة القصوى.

٢ – تمييز نظام وقف العقد عن الدفع بعدم التنفيذ:

يعتبر الدفع بعدم التنفيذ بمثابة وسيلة دفاعية يقرها القانون[٩٣]، وترمي إلى تحقيق العدالة الفردية للمتعاقد، فهو نظام قانوني يتيح لكل من المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين الامتناع عن الوفاء بالتزامه العقدي، ولو كان حال الأداء، إلى أن يقوم المتعاقد الآخر بالوفاء بالتزامه المقابل.

والفكرة الأساسية التي تحمل هذا الدفع هي أنه: "إذا أردت أن تأخذ ما لك،

= العلاقات التعاقدية، منشورة في مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، المغرب، العدد ١٧، أبريل ٢٠٢٠، ص ٤٤.

(٩٢) المادة ١٠٩ تجاري كويتي.

(٩٣) جاء قانون التجارة الكويتي خالياً من النص على مثل هذا التنظيم، وقد نظمه المشرع الكويتي في المادة ٢١٩ من القانون المدني، حيث جرى نصها بأنه: "١- في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه عند حلول أجله، وبعد إعذاره، جاز للمتعاقد الآخر، إن لم يفضل التمسك بالعقد، أن يطلب من القاضي فسخه، مع التعويض إن كان له مقتض، وذلك ما لم يكن طالب الفسخ مقصراً بدوره في الوفاء بالتزاماته.
٢- ويجوز للقاضي عند طلب الفسخ، أن ينظر المدين إلى أجل يحدده، إذا اقتضته الظروف، كما أن له أن يرفض الفسخ، إذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة إلى التزاماته في جملتها".

فعليك أن تفي بما عليك"، ولذلك فإن قوام هذا الدفع هو الارتباط والتقابل بين الالتزامات(٩٤).

ولا يعتبر الدفع بعدم التنفيذ سبباً لانحلال العقد فهو لا يزيل الرابطة العقدية، وإنما يوقفها مؤقتاً، ولذلك فإن أثره يقتصر على وقف العقد.

ويتشابه نظام الدفع بعدم التنفيذ مع وقف العقد في أنهما يؤديان إلى وقف مؤقت لتنفيذ الالتزام، إلا أنه ثمة فروقات جوهرية بينهما، فمن ناحية أولى يهدف نظام وقف العقد إلى حماية العلاقة العقدية من الانفساخ(٩٥)، بينما يهدف الدفع بعدم التنفيذ إلى حمل أحد المتعاقدين على تنفيذ التزامه.

ومن ناحية أخرى فإن وقف العقد لا يثور في الغالب إلا لمواجهة قوة قاهرة أو ظروف طارئة أدت إلى استحالة تنفيذ العقد مؤقتاً، بينما يقوم الدفع بعدم التنفيذ نتيجة تراخي أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه الحال.

كما أنه من ناحية ثالثة، فإن وقف العقد يمنع من التنفيذ الكامل للعقد، بما مؤداه أن الجزء الذي لم ينفذ أثناء مدة الوقف، لن يتم إعادة تنفيذه بعد سريان العقد من جديد(٩٦).

أما في الدفع بعدم التنفيذ، فإن تنفيذه بعد الوقف يكون كاملاً بما فيه الالتزامات أثناء فترة الوقف.

وبتطبيق ذلك على عقد إيجار محل تجاري، أوقف تنفيذ العقد فيه لثلاثة شهور هي (مارس – أبريل – مايو) على سبيل المثال، فإن المستأجر لا يلتزم عند عودة سريان العقد في يونيو، بدفع أجرة المحل التجاري عن فترة وقف العقد.

الفرع الثاني
الآثار الأخرى لاستحالة التنفيذ المؤقتة

يترتب على الاستحالة المؤقتة في التنفيذ بعض الآثار الأخرى، كما تقوم تحت ظلالها بعض الالتزامات، وفيما يلي نعرض لذلك بإيجاز على النسق الآتي:

---

(٩٤) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي في شرحها للمادة ٢١٩ منه.

(٩٥) الغزالي محمد الحسن، بحث بعنوان: التكييف الفقهي والقانوني لوقف العقود، منشور في مجلة النيل الأبيض للدراسات والبحوث، جامعة النيل الأبيض، السودان، العدد ١١، مارس ٢٠١٨، ص ٢٠٩.

(٩٦) حياة حامي، مرجع سابق، ص ٢٢٢.

أولاً – وقف تنفيذ الالتزامات الجوهرية[٩٧]:

لما كان وقف العقد يستهدف بالدرجة الأولى اجتياز آثار القوة القاهرة التي طرأت أثناء تنفيذه، فإن ذلك يتطلب أن يقتصر الوقف على الالتزامات الجوهرية، ومرد ذلك هو طبيعية تلك الالتزامات وأهميتها وقوة تأثيرها في العقد، بل أن وقف تنفيذها من الضرورة بمكان للمحافظة على العقد، وتلك هي الغاية المنشودة من الوقف.

كما أنه لما كان مجال نظام وقف العقد الرحب، في العقود الملزمة لجانبين، والذي يظهر فيه الترابط بين الالتزامات الجوهرية المتقابلة، فإن مقتضى ذلك عند وقف تنفيذ الالتزام الجوهري، أن يوقف أيضاً الالتزام الجوهري المقابل له[٩٨].

وبتطبيق ذلك على عقود إيجار المحال والمكاتب التجارية التي انعدمت فيها المنفعة، بسبب قرارات السلطة العامة، فإن مقتضى وقف تنفيذ العقد، أن يتوقف المستأجر عن دفع الأجرة، وما ذلك إلا بالمقابل لعدم انتفاعه بالمأجور.

وفي شأن الالتزامات الجوهرية المتقابلة، يذهب رأي في الفقه يؤيده الباحث، إلى أن إغلاق المحال التجارية من قبل السلطة العامة، وانعدام الانتفاع بها، إنما هو استحالة مؤقتة مقيدة بمدة زمنية مرتبطة بقرار السلطة العامة بالإغلاق.

وتأسيساً على ذلك يذهب هذا الرأي إلى جواز تمسك مستأجري هذه المحال التجارية، بنظرية وقف العقد، واعتبار عقد الإيجار موقوفاً، وغير منتج لآثاره خلال فترة الوقف، والامتناع تبعاً لذلك عن سداد الأجرة، ولا يعد ذلك إخلالاً منهم بالتزامهم بالوفاء بالأجرة المتفق عليها في العقد[٩٩].

ثانياً – وقف تنفيذ الالتزامات المرتبطة بالالتزامات الجوهرية:

إن وقف تنفيذ العقد لا يقتصر على الالتزامات الجوهرية والالتزامات المقابلة لها فحسب، بل يمتد ليشمل الالتزامات التي يرتبط تنفيذها بالالتزام الجوهري، حتى لو

---

(٩٧) ويشير جانب من الفقه إلى أن تلك الالتزامات مرتبطة بجوهر العقد ارتباطاً وثيقاً، بما يجعلها بمثابة قلبه النابض، راجع:
Mindy-Chen Wishart, "Contract Law", Fifth Edition, Oxford University Press, 2015, P:396

(٩٨) وفي ذلك يرى جانب من الفقه أن وقف الالتزام العقدي يعد من الخطط العلاجية للعقد، وهو مقدم على فسخ العقد، ويوقف بالتبعية له الالتزام المقابل، راجع:
Marco Torsello, Matteo M. Winkler, op. cit, p:399.

(٩٩) مسلط قويعان الشريف، مرجع سابق، ص ٤.

كانت التزامات ثانوية، أو قليلة الأهمية، فالعبرة بتعلق تنفيذها على تنفيذ الالتزام الجوهري وارتباطها به(١٠٠).

أما إذا كان هذا الالتزام الثانوي لا يرتبط بالالتزام الجوهري، فلا يشمله وقف العقد، ويستمر التزام المتعاقد به مرتباً جميع آثاره، ويمكن التمثيل لذلك باستمرار التزام مستأجر المحل أو المكتب التجاري بدفع فواتير الكهرباء للعين المؤجرة، متى كان ملتزماً بذلك في عقد الإيجار، ويشمل ذلك فواتير الكهرباء عن فترة وقف العقد(١٠١).

ثالثاً – الالتزامات الجديدة التي تفرضها حالة الاستحالة المؤقتة:

لما كانت استحالة التنفيذ المؤقتة هي السبب المباشر في وقف العقد، فإن زوالها وانقضاءها ينهي مدة الوقف، ويعود العقد للسريان من جديد(١٠٢).

وبالبناء على ذلك فإن ثمة التزامات جديدة يفرضها وقف العقد، من أهمها الالتزام بالسعي لإزالة سبب الوقف، والالتزام بالمحافظة على بقاء العقد(١٠٣).

ويذهب جانب من الفقه(١٠٤) إلى اعتبار هذه الالتزامات الجديدة التزامات عقدية، حتى وإن كان مصدرها الوقف، والأساس الذي يمكن من خلاله رد هذه الالتزامات للعقد، يتمثل في مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود(١٠٥)، وذلك يتحقق بأن يجتهد المدين الذي توقف التزامه الجوهري، لإزالة الأسباب المؤدية للوقف، حتى يعود العقد للسريان ثانية، وذلك حفاظاً على الرابطة العقدية التي توقف تنفيذ العقد لحمايتها.

وفيما يلي نعرض إلى الالتزامين سالفي الذكر، وفقاً لما يلي:

١ – الالتزام بالسعي لإزالة سبب الوقف:

يعد وقف تنفيذ العقد حالة استثنائية، حيث إن الأصل هو استمرار العقد وتنفيذ الالتزامات التي يفرضها، ولذلك فإن على الأطراف أن يعملوا بجد على تجاوز آثار

(١٠٠) أحمد مروك، مرجع سابق، ص ٢١٦.

(١٠١) إذ إنه من المتصور أن يتضمن المحل أو المكتب التجاري أجهزة كهربائية تعمل بصورة مستمرة.

(١٠٢) يشترط جانب من الفقه للتمسك بالقوة القاهرة، أن تكون العلاقة السببية مباشرة بين الوباء وعدم القدرة على أداء الالتزام، راجع:
Marco Torsello, Matteo M. Winkler, op. cit,p:399.

(١٠٣) أحمد مروك، مرجع سابق، ص ٢١٨.

(١٠٤) حياة حامي، مرجع سابق، ص ٢٢٤.

(١٠٥) وفي ذلك تنص المادة ١٩٧ مدني كويتي على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما يتضمنه من أحكام، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل".

القوة القاهرة أو السبب الأجنبي الذي أدى إلى وقف تنفيذ العقد، وتختلف المسميات والمصطلحات التي يستخدمها المتعاقدون للإشارة إلى الدرجة التي تقاس بها هذه الجهود، ومن هذه المصطلحات: (كل الإجراءات والمجهودات الضرورية – المجهودات المعقولة – كل الأوضاع المفيدة – المجهودات التي تتماشى مع الظروف – الإجراءات المعقولة)[١٠٦].

والأصل في ذلك أن يسعى المتعاقدون إلى إزالة السبب المباشر المؤدي إلى وقف العقد، فإذا لم يكن بالإمكان ذلك، فليس أقل من أن يجتهدوا في الحد من آثاره، بما يسمح لعودة سريان العقد واستمراره، وتجاوز آثار القوة القاهرة بزوال الاستحالة المؤقتة.

٢ – الالتزام بالحفاظ على العقد:

إن الإخلال بالالتزامات التي تفرضها فترة الوقف، يعد إخلالاً بالعقد ذاته، حيث إن القاعدة تفرض على من التزم بعقد ما، أن يلتزم بالمحافظة عليه خلال فترة الوقف، إلى حين انتهاء تلك الفترة، وعودة العقد للتنفيذ من جديد[١٠٧].

ولذلك فإن وقف تنفيذ العقد يقتضي من المتعاقدين القيام بكل إجراء يؤدي إلى المحافظة على العقد، ويدعم عودته من جديد، إذ يعد الوقف فترة انقطاع مبتسر لجزء من مدة العقد.

ويثور في هذا الشأن تساؤل هام، يتمثل في أثر مدة وقف العقد على مدته الأصلية؟

يفرق الفقهاء في الجواب عن ذلك بين حالتين:

الأولى – العقد محدد المدة:

وفي هذا النوع من العقود ينتهي العقد بحلول أجل انتهائه، حتى ولو حل هذا الأجل أثناء مدة الوقف، حيث إنه لا يطيل من عمر العقد أن يكون موقوفاً بصورة مؤقتة، ذلك أن إطالة مدة العقد تعتبر تعديلاً جوهرياً على العقد، وهذا التعديل غير جائز إلا بموافقة المتعاقدين[١٠٨].

---

(١٠٦) شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٣٤٦.

(١٠٧) صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٢٣٣.

(١٠٨) خالد جاسم الهندياني، مرجع سابق، ص ٢٣١.

الثانية – العقد غير محدد المدة:

وفي هذا النوع من العقود، لا يثور موضوع تأثير وقف العقد على مدته الأصلية، حيث إن المتعاقدين لم يتفقا عند إبرام العقد على أجل لانتهاء العقد، ومن ثم فإنه بزوال المانع الذي أدى إلى الوقف، فإن هذا العقد يسري من جديد(١٠٩).

نخلص مما تقدم بأن تطبيق نظام وقف العقد بصورة مؤقتة، هو الحل الأمثل الموافق للقانون، بالنسبة للمحال والمكاتب التجارية التي انعدم الانتفاع بها، نتيجة القوة القاهرة المتمثلة بقرارات السلطة العامة، وذلك لتوافر الاستحالة المؤقتة لتنفيذ العقد، بمفهومها وشروطها سالفة البيان.

الخاتمة:

وفي ختام هذه الدراسة الذي عرض فيها الباحث إلى أثر قرارات السلطة العامة التي صدرت لمواجهة جائحة كورونا على عقد الإيجار التجاري، مقدماً الحلول الودية المتاحة للمتعاقدين للتغلب على آثار الجائحة، ثم عرض إلى عقد الإيجار التجاري التي نقصت المنفعة فيه بصورة كبيرة، وانتهاء بعقود الإيجار التجاري التي انعدمت المنفعة فيها.

وقد توصل الباحث إلى النتائج والتوصيات التالية:

النتائج:

١ – لم تحظ عقود المحال والمكاتب التجارية برعاية تشريعية خاصة لمعالجة آثار جائحة كورونا، إذ قصر المشرع الكويتي رعايته على عقود الإيجار للسكن الخاص، وبصورة عامة العقود الخاضعة للمرسوم بقانون ١٩٧٨/٣٥ بشأن إيجار العقارات، من خلال صدور التعديلات الواردة في القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٢٠.

٢ – نص المادة ٥٨١ مدني كويتي، قاصر عن معالجة جميع حالات الإيجار التجاري التي تتأثر بقرارات السلطة العامة، كما أنه يضيق عن شمول قرارات السلطة العامة الصادرة بناء على الظروف الطارئة، أو القوة القاهرة.

٣ – تتطلب معالجة آثار هذه الجائحة غير المسبوقة، تضافر جهود السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية لتجاوز آثارها.

– على الصعيد التشريعي، يشهد كل من القانون التجاري والمدني قصوراً تشريعياً في تنظيم وقف تنفيذ العقد التجاري والمدني، ومن ذلك أن

(١٠٩) أحمد مروك، مرجع سابق، ص ٢١٩.

نص المادة ٢١٥ مدني كويتي لم ينظم حالة الاستحالة الكلية المؤقتة، مكتفياً بتنظيم الاستحالة الكلية الدائمة، والاستحالة الجزئية.

- أما بالنسبة للسلطة التنفيذية، فإن الجهات الحكومية لم تلتزم الإجراءات القانونية المرسومة في نشر بعض القرارات الصادرة في شأن مكافحة كورونا.
- أما القضاء الكويتي فإن له دوراً سابقاً ملحوظاً في معالجة أوجه القصور التشريعي المرتبطة بموضوع البحث، ومن المتوقع أن يكون له دور مماثل في مواجهة آلاف الدعاوى المتوقع أن تشهدها المحاكم نتيجة الجائحة.

التوصيات:

١ - يوصي الباحث ابتداء بتدخل المشرع الكويتي عبر تشريعات خاصة لمعالجة آثار الجائحة على العقود التجارية بصورة عامة، وعقد الإيجار التجاري بصورة خاصة، لما لها من أثر مباشر على الاقتصاد الوطني.
وللمشرع الكويتي سوابق حميدة في هذا المجال، منها على سبيل المثال لا الحصر قانون إنشاء الهيئة العامة لتقدير التعويضات عن الغزو العراقي، وقانون تعزيز الاستقرار المالي لمعالجة آثار الأزمة المالية العالمية في عام ٢٠٠٨.

٢ - وفي شأن التعديلات التشريعية، يوصي الباحث المشرع الكويتي بالتدخل السريع لوقف نظر المحاكم لدعاوى إخلاء المحال والمكاتب التجارية، لحين وضع تنظيم شامل لمعالجة آثار الجائحة بصورة تحفظ حقوق أطراف العقد من جهة، وتحافظ على استقرار واستمرار النشاط الاقتصادي من جهة أخرى.

٣ - يوصي الباحث السلطتين التشريعية والقضائية بالموازنة دائماً بين حقوق أطراف العقد، فإن كانت قواعد العدالة التي تجد مدادها في التشريع تقضي بعدم تحميل المستأجر الأجرة عن فترة توقف النشاط جراء قرارات السلطة العامة، فإن العدالة تقتضي أيضاً ألا يتحمل المؤجر أية نفقات أو مصاريف إضافية تكبدها خلال الجائحة، كما يوصي الباحث بوضع نسبة مئوية تكون بمثابة الحد الأعلى لتلك المطالبات أو الإعفاءات.

٤ - يوصي الباحث المتعاقدين باللجوء إلى الحلول الودية وتطبيق العقود وفقاً لمقتضيات حسن النية وشرف التعامل، حيث إن في الحلول الاتفاقية توفير الوقت والجهد والمال والعدالة النسبية.

٥ – يوصي الباحث المشرع الكويتي بالتدخل لمعالجة الفراغ الذي يحيط بالمادة ٥٨١ مدني كويتي من ناحيتين:

الأولى: أنها لم تعالج بصورة صريحة الحالات التي تنعدم فيها المنفعة من العين المؤجرة.

الثانية: أن تطبيق هذه المادة على عقود الإيجار التجاري، إنما يقتصر بحسب الأصل على قرارات السلطة العامة المحضة، غير المرتبطة بجائحة عامة من قوة قاهرة أو ظروف طارئة.

وعليه يوصي الباحث بإعادة صياغة المادة ٥٨١ مدني كويتي بصورة أكثر شمولية.

٦ – كما يدعو الباحث السلطة التشريعية إلى وجوب إضافة فقرة ثالثة إلى المادة ٢١٥ مدني كويتي، لتنظيم أثر حالة الاستحالة المؤقتة.

٧ – يوصي الباحث المشرع بتنظيم موضوع وقف تنفيذ العقد بصورة مؤقتة، وذلك لأهمية هذا النظام في معالجة آثار جائحة كورونا الماثلة على العقود التجارية.

٨ – يدعو الباحث السلطة القضائية إلى النظر بعمق للقرارات الصادرة من السلطات العامة، فهي إن صدرت على سبيل المثال لمواجهة ظرف طارئ عام، فإنها تأخذ حكمه، وإن صدرت لمواجهة قوة قاهرة أخذت حكمها.

المراجع

الكتب العربية:

- إبراهيم أبو الليل، أحكام الالتزام (الآثار – الأوصاف – الانتقال – الانقضاء)، ط١، دار الشريف للنشر، الكويت، ١٩٩٥/١٩٩٦.
- إبراهيم أبو الليل، نظرية الالتزام، المصادر الإرادية للالتزام – العقد والإرادة المنفردة – (التصرف القانوني)، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٥.
- أحمد الزقرد، فايز الكندري، عقد الإيجار وفقاً لأحكام المرسوم بقانون ٣٥/ ١٩٧٨م وتعديلاته، ط١، من دون ناشر، الكويت، ١٩٩٩.
- أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، ج٣، ط١، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص٢١٢.
- حسام الدين كامل الأهواني، شرح قانون العمل، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، ١٩٩١.
- شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، ط١، مطبوعات أكاديمية شرطة دبي، ٢٠١٠.
- صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٩.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس، المجلد الأول، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر.
- عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دون ناشر، ١٩٨٣.
- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد السابع، عقد الإيجار، ط ١، دار محمود للنشر، القاهرة، ٢٠١٤.
- محمود جمال الدين زكي، عقد العمل في القانون المصري، ط٢، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٢.

الرسائل والأبحاث العلمية:

- أحمد مروك، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر١ – بن يوسف بن خدة –، ٢٠١٤–٢٠١٥.
- الغزالي محمد الحسن، بحث بعنوان: التكييف الفقهي والقانوني لوقف العقود، منشور في مجلة النيل الأبيض للدراسات والبحوث، جامعة النيل الأبيض، السودان، العدد ١١، مارس ٢٠١٨.
- حياة حامي، بحث بعنوان: استحالة تنفيذ الالتزام المؤقتة، Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Politiques et Economiques Volume 54, Numéro 2, (2017).
- خالد جاسم الهندياني،، وقف عقد العمل، دراسة تأصيلية مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة ٢٤، العدد ٤، ٢٠٠٠.
- دعاء موسى عبد الرحمن، دور القاضي في العقود المدنية والتجارية، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الأزهر–غزة، ٢٠١٨–٢٠١٩.
- عبد القادر أقصاصي، بحث بعنوان: نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدي، منشور في المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، المجلد٢، العدد٢، ديسمبر ٢٠١٨.
- عبد القادر علاق، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ٢٠٠٧–٢٠٠٨.
- عبد المغيث الحاكمي، دراسة بعنوان: دور القانون والقضاء في الحد من تأثير فيروس كورونا على العلاقات التعاقدية، منشورة في مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، المغرب، العدد ١٧، أبريل ٢٠٢٠.
- محمد إبراهيم محمد، الإيجار من الباطن، مجلة العدل – المكتب الفني، السودان، العدد ٤٢، السنة ١٦، أغسطس ٢٠١٨.
- محمد بلقريني، حسان حمايدي، رسالة ماجستير بعنوان: عقد الإيجار التجاري في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ٨ ماي ١٩٤٥، قالمة، الجزائر، ٢٠١٨–٢٠١٩.
- محمد عبد الرزاق الشوك، التوازن القانوني للأجرة في العلاقة الإيجارية، دراسة

مقارنة بين القانون المدني وقانون إيجار العقار، مجلة أهل البيت عليهم السلام، كلية القانون، جامعة أهل البيت عليهم السلام، الأردن، العدد ١٩، يناير ٢٠١٦.

- وسيلة خلدون، النظام القانوني للتنازل عن الإيجار، دراسة مقارنة بين القانون المدني الجزائري وقانون الموجبات والعقود اللبناني، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، الجزائر، مج ٧، ع ٢، ٢٠١٩.

المقالات الصحفية والمواقع الإلكترونية:

- جميل محمد بني يونس، مقال بعنوان: دور الزمن في تنفيذ العقد، منشور في صحيفة الوطن الإلكترونية، بتاريخ ٢٠١٩/٢/٨.
- سامي عبد الله الدريعي، دراسة موجزة (دون عنوان) جاءت على شكل دعوة لمجلس الأمة بإقامة التوازن بين المنفعة والأجرة في عقد الإيجار خلال جائحة كورونا بناء على قرار الحكومة بالتعطيل، منشورة في جريدة الأنباء، العدد ١٥٨٤٣، الصادر بتاريخ ٢٠٢٠/٥/٨.
- مسلط قويعان الشريف، بحث موجز بعنوان: عدم دفع الأجرة للمحال التجارية المغلقة، بين نظرية الوقف وضمان عدم التعرض، منشور على موقع أركان للاستشارات القانونية، http://arkanlaw.com
- نور العبد الرزاق، مقال بعنوان: كورونا وأثره على عقود الإيجار، منشور في جريدة الجريدة العدد ٤٣٨٤، السنة ١٣، بتاريخ ٢٠٢٠/٣/٢٧.

المراجع الأجنبية:

Books:

- Jill Poole, James Devenney & Adam Shaw-Mellors., "Contract Law Concentrate", Law Revision and Study Guide, 3rd Edition, Oxford University Press, 2017, P:169.
- Mindy-Chen Wishart, "Contract Law", Fifth Edition, Oxford University Press, 2015.
- Philippe Stoffel-Munck,L'imprévision et la réforme des effets du contrat, Lextenso Revue des contrats, colloque du 16 Février 2016, France, avril 2016.

Articles:

- Cheryl Gayer, Dominic Green, "Coronavirus (Covid-19) and Commercial Contracts: Unable to perform contractual obligations? Force majeure clauses, frustration or variation could help", lexology, (17/3/2020).
- H. Christopher Boehning, and others, "Force Majeure Under the Coronavirus (COVID-19) Pandemic", paul|Weiss, (March 16, 2020).
- Ynci Karclodlu, Maral Anna Minasyan and Büqra Mollaahmetodlu, "Coronavirus: An Evaluation Of Possible Legal Consequences Of The Pandemic And Related Practices", mondaq,(29/3/2020).
- Marco Torsello, Matteo M. Winkler, "Coronavirus-Infected International Business Transactions: A Preliminary Diagnosis", European Journal of Risk Regulation, Volume 11, Special Issue 2 (Taming COVID-19 by Regulation), June/2020, Published online by Cambridge University Press: 07 April 2020.
- Michael Wray, Svetlana Sumina, Chris Hart, "The COVID-19 Pandemic and the Contractual Force Majeure Landscape",HFW, (March 2020).
- Moore, Robert., "Dealing with nonperformance of contracts during pandemic", Southwest Farm Press; Informa, Clarksdale, USA, (May 21, 2020).
- Ruggless, Ron., "How to deal with landlords in the COVID-19 pandemic", Nation's Restaurant News, Lebhar-Friedman, Inc, New York,Mar 31, 2020.
- Seng Hansen, "Does the COVID-19 Outbreak Constitute a Force Majeure Event? A Pandemic Impact on Construction Contracts", Journal of Civil Engineering Forum, Universitas Gadjah Mada, Vol.6, No.2, May 2020.

The Legal Implications of Decisions Issued by the Public Authority to Confront Covid-19 Pandemic on Commercial Lease Contracts

Dr. Fares M.Alajmi

This research addresses the impacts of the decisions of public authorities on the lease agreements of commercial shops and offices and attempts to provide amicable and legal solutions to such impacts.

In this study, the researcher has adopted the analytical approach by using, analyzing and applying the relevant legal provisions on the reality of the lease agreements of commercial shops and offices, and has considered the applications of such texts by the judiciary and the juristic opinions in this regard.

The researcher divided this study into three parts; the first part presents the amicable solutions for the contracting parties to overcome the impacts of the decisions of public authorities to close the commercial shops, the second part addresses the impacts of these decisions in regard to the commercial shops and offices, and that decreased the usufruct from which significantly. The last part addresses the cases in which the tenant cannot temporarily benefit from the commercial shop or office.

The researcher has produced some results, the most important of which is that there are some legislative inadequacies in the Kuwaiti civil and commercial laws. Furthermore, the authorities responsible for issuing the decisions of public authorities in regard to the organization of closure of commercial shops and offices did not comply with the legal procedures.

Accordingly, the researcher has recommended that the Kuwaiti legislator must interfere to address and remedy the decisions of public authorities, which are issued based on an epidemic so that to achieve economic balance in the lease agreements of commercial shops and offices and handle the issues that the practical reality has shown.

Keywords: temporary impossibility - contract discontinuance - usufruct - special agreements - rental reduction.

اللجوء إلى المعاملات الإدارية الإلكترونية أثناء أزمة كورونا بين الحدود والإمكان (التسجيل العقاري الإلكتروني نموذجاً)

الدكتورة/ اليمامة خضير الحربي
كلية القانون الكويتية العالمية
دولة الكويت

ملخص:

تتناول الدراسة بالتحليل القرار الذي صدر عن وزارة العدل بدولة الكويت ويقضي بتفعيل عدد من معاملات التسجيل العقاري إلكترونياً، صدر القرار خلال فترة أزمة كورونا الذي اجتاح العالم ودفع الحكومات في معظم الدول إلى اتخاذ تدابير الحظر الكلي والجزئي التي اقتضت تعطيل مرافق حكومية ومنشآت عامة وخاصة، وهي فترة لوحظ فيها الاتجاه نحو توفير خدمات الحكومة الإلكترونية. وتهدف الدراسة إلى اختبار القرار من زاوية القانون قم ٢٠/٢٠١٤ في شأن المعاملات الإلكترونية من حيث مدى مشروعيته بحسب معايير القانون رقم ٢٠/ ٢٠١٤، وفي سياق هذا التحليل تكشف الدراسة عن مدى وإمكانيات اللجوء للحلول الإلكترونية من قبل الجهات الحكومية بصفة عامة لا تقتصر على الأزمات والظروف غير المعتادة؛ فالقرار يمثل نموذجاً تطبيقياً مناسباً للتعرف على أحكام القانون الذي يمثل الإطار الإجرائي العام للمعاملات الإلكترونية لهذا النوع من المعاملات، ويبين القانون حدود وصلاحيات الجهات الحكومية حين تتيح خدماتها إلكترونياً ومن ضمنها وجوب مراعاة القيود القانونية الشكلية والموضوعية التي ترتبط بالمعاملة محل الإجراء الإلكتروني بما يستدعي إجراء فحص للمعاملة من خطوتين الأولى وفقاً للقانون الذي ينظم موضوعها والثانية وفقاً لأحكام القانون رقم ٢٠/٢٠١٤ في شأن المعاملات الإلكترونية.

مقدمة:

منذ بداية العام الميلادي ٢٠٢٠ حتى تاريخ إعداد هذه الدراسة شغل العالم بأسره بجائحة كورونا وتداعياتها المختلفة على المجتمع المعاصر[(١)]، وفي هذه الدراسة تجري مناقشة وجه من أوجه الأزمة من منظور قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤، وهو مرتبط بالنمو الملحوظ في اللجوء إلى الأسلوب

(١) انظر على سبيل المثال:
التجارة العربية بين تداعيات فيروس "كوفيد-١٩" والقيود العالمية والإقليمية التقرير السابع والعشرون، اتحاد الغرف العربية تقرير رقم (٢٧) أيار - مايو (٢٠٢٠).

الإلكتروني في إنجاز المعاملات وتقديم الخدمات على إثر ما تم اتخاذه من تدابير حكومية في دولة الكويت ومعظم دول العالم للحد من انتشار فيروس كورونا أدت إلى تعطيل كثير من المرافق العامة والمنشآت الخاصة التي تقدم مختلف الخدمات في الظروف الطبيعية لجمهور المراجعين والمتعاملين مباشرةً، وظهر الاعتماد على الأساليب الإلكترونية في إنجاز المعاملات أثناء فترات الحظر الكلي والجزئي في مجالات متنوعة من تجارة إلكترونية وتعليم عن بعد وحكومة إلكترونية وغيرها(٢).

وفي هذا السياق، لجأ عدد من الجهات الحكومية في الكويت إلى تقديم خدمات إلكترونية لم يسبق توفيرها عبر البوابة الحكومية الإلكترونية(٣)، من ذلك القرار الذي أصدرته وزارة العدل تحت رقم (٢١٤/ ٢٠٢٠) الذي يقضي بتفعيل العمل بنظام (التقديم الإلكتروني) لعددٍ من المعاملات العقارية المحددة فيه.

ومن مؤدى العمل بقرار وزارة العدل رقم (٢١٤/ ٢٠٢٠) أن يتاح المجال أمام إدارة التسجيل العقاري بوزارة العدل ومراجعيها لإجراء معاملات إلكترونية بدءاً من تقديم الطلب واستلامه عبر البوابة الإلكترونية وانتهاءً بالإخطار بنتيجة قرار فحص الطلب بأي وسيلة من وسائل التواصل الحديثة، والمقصود عبر وسائل التكنولوجيا الحديثة.

إشكالية الدراسة:

لا يخفى أن قرار تفعيل الخدمات العقارية إلكترونياً صدر في ظروف غير اعتيادية تمر بها دولة الكويت بسبب وباء كورونا الذي اجتاح العالم بأسره واستدعى اتخاذ تدابير حكومية غير مألوفة للحد من تفشي الوباء أدت إلى تعطيل المرافق

(٢) "الاقتصاد الرقمي يتمدد في الخليج" – القبس – تحرير/إيمان عطية – ١٤/٥/٢٠٢٠، متوفر على الرابط: https://alqabas.com/article/5774176 آخر زيارة ٠٥/٠٦/٢٠٢٠.

(٣) انظر على سبيل المثال: بعض المعاملات الحكومية التي تم توفيرها إلكترونياً خلال الأزمة عبر الروابط المبينة أدناه:

تجديد إذن العمل: https://alqabas.com/article/5764852

مجلس الوزراء: اتخاذ الإجراءات اللازمة لاستكمال الدراسة "أونلاين".. اختيارياً

https://alqabas.com/article/5764972

"الصحة" تدشن خدمة توصيل الأدوية.. ابتداءً من الغد للمزيد:

https://alqabas.com/article/5763982

(لا حاجة إلى حمل البطاقات المدنية) للمزيد:

https://alqabas.com/article/5767978، آخر زيارة للروابط أعلاه بتاريخ ٥/٦/٢٠٢٠.

الحكومية وإغلاق المنشآت العامة والخاصة كلياً أو جزئياً لفترة امتدت من منتصف مارس وحتى نهاية مايو ٢٠٢٠، فما هو حكم القانون في تفعيل هذه الخدمة الحكومية للأفراد ومن في حكمهم بالأساليب الإلكترونية خلال أزمة كورونا؟ ما هي إمكانيات اللجوء إلى المسار الإلكتروني في المعاملات الحكومية بصفةٍ عامة؟ وماذا عن معاملات التسجيل العقاري بصفةٍ خاصة؟

ويمثل القرار نموذجاً تطبيقياً مناسباً لأنه يسمح باختبار الآلية التي يقوم عليها قانون المعاملات الإلكترونية باعتباره إطاراً عاماً إجرائياً يحدد سلطات الجهات الإدارية وصلاحياتها حين تتيح خدماتها إلكترونياً، وهو من القوانين التي تندر حولها الدراسات القانونية وكذلك التطبيقات العملية(٤)، على أن القانون يشترط أن يكون توفير الخدمة الإلكترونية بمراعاة القيود الشكلية والموضوعية المتعلقة بالمعاملة محل الإجراء الإلكتروني، فبالنظر لموضوع القرار فمحله في الحقيقة معاملات مدنية تتعلق بملكية العقار، وهو حق عيني تنظمه أحكام القانون المدني، ويخضع التصرف فيه لقيود شكلية وموضوعية، وبالنظر إلى الأسلوب الإلكتروني الذي يتم إجراء المعاملة عن طريقه، فإن الأمر يستدعي بحث الموضوع من منظور المعاملات الإدارية الإلكترونية التي تخضع لأحكام القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤.

أهمية الدراسة:

تركز الدراسة على إجراء إداري محدد هو قرار تفعيل العمل بنظام التقديم الإلكتروني لعدد من المعاملات العقارية، لكن تحليل القرار سيساعد في استخلاص نتائج تؤسس لفهم أفضل لأحكام قانون المعاملات الإلكترونية، وهو من القوانين التي تندر حوله الدراسات وكذلك التطبيقات العملية، وإن في تناول أحكام القانون بالدراسة ضمن هذا السياق الخاص يحقق أكثر من فائدة وذلك في أكثر من اتجاه:

أولاً: يسهم التحليل في تكوين رأي قانوني من منظور اختصاصي يلم بجوانب الموضوع المتعددة، ولا يغفل الأهمية الخاصة للمعاملات العقارية من الناحية الاقتصادية والاجتماعية.

(٤) انظر: الدراسة المقارنة حول القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ في:
أ. د. محمود عبد الرحمن محمد (٢٠١٨)، "مدى حجية الوسائل الإلكترونية في إثبات المعاملات المدنية والتجارية والإدارية": مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - العدد ١ - السنة السادسة - العدد التسلسلي ٢١ - جمادى الآخرة/ رجب ١٤٣٩هـ - مارس ٢٠١٨م، ص١٤٤.

ثانياً: يكشف التحليل عن جانب عملي يثيره هذا القرار، وهو مدى تفعيل قواعد قانون المعاملات الإلكترونية في الممارسة العملية للجهات الإدارية في الدولة.

ثالثاً: مع تنامي الاتجاه نحو اتباع أسلوب المعاملات الإلكترونية خلال أزمة كورونا أجد في ذلك مناسبة لتأسيس وعي أفضل بأحكام قانون المعاملات الإلكترونية من خلال دراسة تطبيقية تكشف عن حدود وإمكانيات الجهات الإدارية في إطلاق خدمات حكومية تتوافق مع قانون المعاملات الإلكترونية، وهو ما ينبغي أن لا يغيب عند الأخذ بهذا الخيار سواءً في الظروف الطبيعية المعتادة أو ظروف الأزمات غير المعتادة مثل أزمة كورونا.

رابعاً: باتباع المنهج التطبيقي على معاملةٍ خاصة بعينها من المعاملات الإدارية الإلكترونية، وبالاستفادة من الخبرة العملية السابقة للباحثة في التعامل مع إشكاليات قانونية متعلقة بتفسير وتطبيق أحكام قانون المعاملات الإلكترونية في سياق الاستخدام الحكومي للمستندات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، فإن الدراسة تكشف عن آلية تطبيق أحكام القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ في علاقته بالقوانين الوطنية الأخرى، وهي بذلك تسهم في سد فراغٍ واضح في هذا الحقل المعرفي.

خطة الدراسة:

تتبع الدراسة المنهج الوصفي في المبحث الأول منها، ثم تتبع المنهجين التحليلي والتطبيقي في المبحثين الثاني والثالث، إذ يخصص المبحث الثاني لتحليل الأحكام المتعلقة بسلطة وصلاحيات الجهات الحكومية بصفةٍ عامة في تقديم خدمات إلكترونية، ثم تطبيق تلك الأحكام على قرار وزارة العدل محل البحث للنظر في مدى توافقه معها، ويخصص المبحث الثالث لتحليل الأحكام المتعلقة بموضوع التصرف في العقار في كلٍ من القانون المدني وقانون التسجيل العقاري، في حدود أغراض الدراسة، ثم اختبار مدى إمكانية توفير المعاملات العقارية المحددة في القرار بالأسلوب الإلكتروني، مع التأكيد على أن الهدف الأساسي هو اختبار آلية عمل قانون المعاملات الإلكترونية بالتوازي مع القانون ذي الصلة بموضوع المعاملة.

وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: تفعيل خدمة التسجيل العقاري إلكترونياً

المبحث الثاني: قانون المعاملات الإلكترونية وتفعيل الخدمات العقارية إلكترونياً

المبحث الثالث: المعاملات العقارية الإلكترونية في ضوء قانون التسجيل العقاري

المبحث الأول
تفعيل خدمة التسجيل العقاري إلكترونياً

بتاريخ ٢٠٢٠/٠٣/٣١ أصدرت وزارة العدل القرار رقم (٢٠٢٠/٢١٤) الذي يقضي بتفعيل العمل بنظام (التقديم الإلكتروني) لعددٍ من المعاملات العقارية المحددة فيه وهي:

١ - بيع كامل العقار أو نسبة منه.

٢ - هبة كامل العقار أو نسبة منه.

٣ - طلب استصدار شهادة أوصاف عقار للأفراد أو المكاتب العقارية أو الشركات ذات المسؤولية المحدودة.

على أن يتم ذلك بضوابط محددة عبر تعبئة نماذج محددة بالموقع لذلك في بوابة وزارة العدل الإلكترونية (MOJ.GOV.KW) وإرفاق ما يلزم من مستندات بصيغة PDF، ويعهد القرار بالاختصاص في تنفيذه لإدارة التسجيل العقاري لتقوم بمراجعة كافة الطلبات المقدمة عبر هذه الخدمة وفقاً للقواعد المتبعة في هذا الشأن، ويكون الإخطار بنتيجة الفحص مباشرةً (بأي وسيلة من وسائل التواصل الحديثة) .

أما من الناحية الشكلية فيشير القرار إلى أحكام المرسوم رقم ٥ لسنة ١٩٥٩ بقانون التسجيل التجاري وحده دون إشارة إلى قانون المعاملات الإلكترونية، ويحدد القرار تاريخ العمل به ليكون اعتباراً من ٥/٤/٢٠٢٠.

ومن مؤدى العمل بقرار وزارة العدل أن يتاح المجال أمام إدارة التسجيل العقاري ومراجعيها لإجراء معاملات إلكترونية بدءاً من تقديم الطلب واستلامه عبر البوابة الإلكترونية وانتهاءً بالإخطار بنتيجة قرار فحص الطلب بأي وسيلة من وسائل التواصل الحديثة، والمقصود عبر وسائل التكنولوجيا الحديثة، ويشير خبر منشور في صحيفة محلية إلى أن المراجع ينجز جميع المتطلبات إلكترونياً تجنباً لاختلاط المراجعين، ويتم تخصيص موعد مسبق له للتوقيع فقط، إذ تكون معاملته جاهزة قبل حضوره(٥).

---

(٥) التوثيق العقاري: ٣٠ دقيقة للمعاملة.. والمراجع يحضر للتوقيع- ٤ مايو ٢٠٢٠
للمزيد: https://alqabas.com/article/5772164
للمزيد:: https://alqabas.com/article/5772164
ويذكر الخبر نسبةً إلى وكيلة الوزارة "أن الوزارة اتخذت كل السبل الصحية لحماية الموظفين والمراجعين بعيداً عن أي اختلاط، كالفحص الظاهري للحرارة وتوفير المعقمات والكمامات والقفازات، إضافة إلى تعقيم المكان بشكل دوري وتوفير كراسي متباعدة بمسافة مترين".

ولا يخفى أن القرار صدر في ظروف غير اعتيادية تمر بها دولة الكويت بسبب وباء كورونا الذي اجتاح العالم بأسره، واستدعى اتخاذ تدابير حكومية غير مألوفة للحد من تفشي الوباء أدت إلى تعطيل المرافق الحكومية وإغلاق المنشآت العامة والخاصة كلياً أو جزئياً لفترة امتدت من مارس وحتى تاريخ إعداد هذه الدراسة، فمنذ بدء الجائحة تم اتخاذ تدابير من قبل الحكومات في مختلف دول العالم لحماية الأمن الصحي، وهي تدابير إدارية بصفة الاستعجال ذات علاقة بالصحة العامة، وكذلك ذات طابع اقتصادي أو مالي، وتتلخص في إغلاق المنافذ الجوية والبرية وتقييد حرية السفر والتنقل بين الدول(٦)، وعلى المستوى الوطني الداخلي صدرت قرارات بعزل المناطق الموبوءة عن غيرها من المناطق(٧)، وكذلك تعطيل الحياة وحظر التجول الجزئي أو الكلي لمدة من الزمن، بما يترتب على ذلك من توقف المرافق الحكومية عن العمل وتوقف الأنشطة والأعمال الخاصة(٨)، وهي تدابير تم اتخاذها في معظم دول العالم في وقتٍ واحد بصورة لم يسبق لها مثيل في التاريخ القريب أو البعيد، ومن بينها أيضاً تقرير الحجر لمن تثبت إصابته بالفيروس سواء الحجر المنزلي أو المؤسسي بحسب الأحوال لحين التعافي منه، ودولة الكويت لم تكن بمنأى عن ذلك

(٦) تم إعلان عطلة رسمية في الكويت اعتباراً من ٢٠٢٠/٣/١٢ ما تزال مستمرةً حتى تاريخه، ووقف جميع رحلات السفر باستثناء رحلات الشحن التجاري من وإلى الكويت ابتداءً من ١٣ مارس، كما تم إغلاق المنافذ البرية مع كل من العراق والمملكة العربية السعودية اعتباراً من ٢٠٢٠/٣/١٥. وبتاريخ ٢٠٢٠/٣/١٥ أعلنت الحكومة الكويتية عن وقف جميع وسائل النقل العام الجماعي، وإغلاق مراكز وصالات الترفية ولعب الأطفال، وإغلاق المجمعات التجارية ومراكز التسوق، وكذلك إغلاق جميع الصالونات النسائية والرجالية، وأعلنت عن وجوب ترك مسافة لا تقل عن متر بين كل شخص وآخر أثناء طابور الانتظار، وأصدرت قراراً بعدم السماح باستقبال أكثر من خمسة عملاء في وقت واحد داخل المطعم أو المقهى، وبتاريخ ٢٠٢٠/٣/٢٢ بدأ فرض حظر التجول على مراحل تخللتها فترة حظر كلي استمر من ٢٠٢٠/٥/٨ حتى نهاية مايو. (المصدر: مواقع أخبار إلكترونية متنوعة).

(٧) بتاريخ ٢٠٢٠/٤/٦ صدر قرار بعزل منطقتي جليب الشيوخ والمهبولة لمدة أسبوعين.

(٨) انظر على سبيل المثال: دراسة الدكتور سمير أيت أرجدال (٢٠٢٠) "تدخل السلطات العمومية في ظل حالة الطوارئ المعلنة - مقاربة قانونية حقوقية": مجلة الباحث - عدد خاص بجائحة كورونا. كوفيد ١٩ - العدد ١٧ - أبريل ٢٠٢٠.
وباللغة الإنجليزية انظر على سبيل المثال:
Al-Ubaydli, Omar, 2020. "Understanding How the Coronavirus Affects the Global Economy: A Guide for Non-Economists," MPRA Paper 99642, University Library of Munich, Germany

بطبيعة الحال، إذ تم إصدار عدة قرارات من مجلس الوزراء تقرر تدابير مكافحة جائحة كورونا وحماية المجتمع الكويتي من تأثيرها.

والواضح أن توفير الخدمات الحكومية عبر الإنترنت إنما كان طريقاً بديلاً عن الطريق المعتاد بعد أن تعذر الاستمرار في تقديمها بسبب التدابير الحكومية المستمرة، وبعضها خدمات أساسية لا يمكن الاستغناء عنها مع تفاوت الحالات والظروف المحيطة بكل حالة(٩)، لكن السؤال المطروح هاهنا هو ما حكم القانون في تفعيل هذه الخدمة الحكومية للأفراد ومن في حكمهم بالأساليب الإلكترونية خلال فترة أزمة كورونا؟

تقدمت الإشارة إلى أن تكوين رأي متكامل عن الموضوع يستلزم بحث الأمر في الأحكام ذات الصلة بالموضوع، وأنه فيما يخص أسلوب المعاملة الإلكتروني فإن القانون واجب التطبيق هو قانون المعاملات الإلكترونية، فهو الإطار العام القانوني لجميع المعاملات الإلكترونية المدنية والتجارية والإدارية في الدولة الذي يكفل لها الحماية القانونية والاستقرار.

وأما بالنظر إلى موضوع المعاملة فإن محله معاملات مدنية تتعلق بملكية العقار، وهو حق عيني تنظمه أحكام القانون المدني الذي يفرض قيوداً على حرية الأفراد في التصرف في العقار من بينها واجب مراعاة أحكام قانون التسجيل العقاري الصادر بالمرسوم رقم ٥ لسنة ١٩٥٩ وهذا ما يتم بحثه في المبحثين التاليين.

---

(٩) للاطلاع على وجهة نظر في التداعيات القانونية لأزمة كورونا على علاقات القانون الخاص انظر على سبيل المثال:
مشاركة الأستاذ الدكتور إبراهيم أبو الليل في الحلقة النقاشية المقامة ضمن المؤتمر الذي نظمته كلية القانون الكويتية العالمية لبحث الآثار القانونية لجائحة كورونا: ٩ مايو ٢٠٢٠- الحلقة النقاشية الثانية "آثار جائحة فيروس كورونا على علاقات القانون الخاص... الإشكاليات والحلول".

المبحث الثاني
قانون المعاملات الإلكترونية وتفعيل الخدمات العقارية إلكترونياً

المطلب الأول
الإطار العام لخدمات الحكومة الإلكترونية

يمثل القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ في شأن المعاملات الإلكترونية الإطار العام الذي ينظم جميع المعاملات الإلكترونية المدنية والإدارية والتجارية في دولة الكويت، وتشير المذكرة الإيضاحية للقانون إلى الأهداف العامة التي تسعى دولة الكويت إلى تحقيقها عبر إصداره في هذه المرحلة رغبةً في تهيئة الظروف التي يتطلبها تطوير أوجه النشاط الاقتصادي والتجاري في المجتمع المعاصر، ومن سماته الاعتماد على وسائل التكنولوجيا الحديثة بصورةٍ متنامية في جميع جوانب الحياة، وينعكس ذلك على نمو التعامل بوسائل إلكترونية بدلاً من أساليب التواصل التقليدية والذي يظهر جلياً في سائر الأنشطة الإنسانية ومنها دون شك التجارية والصناعية والإدارية(١٠).

وإن من أهم الأهداف التي يسعى القانون إلى تحقيقها هو استكمال العمل على تطبيق الحكومة الإلكترونية(١١)، باعتبار الحكومة الإلكترونية أصبحت وسيلة أداء الإدارات الحكومية لخدماتها العامة بطرق وأساليب تعتمد على استخدام المعلومات والتكنولوجيا.

وتقدم البوابة الإلكترونية الرسمية لدولة الكويت (KGO) http://www.e.gov.kw/ خدمات الحكومة الإلكترونية لجميع قطاعات المجتمع الكويتي من مواطنين ومقيمين وجهات رسمية وقطاع خاص وزائرين، وتخضع البوابة الإلكترونية الرسمية لدولة

---

(١٠) للحصول على فكرة عامة عن التشريعات التي صدرت في دولة الكويت وتتعلق بالبيئة الإلكترونية، يراجع: د. اليمامة خضير الحربي (٢٠١٨) "جوانب قانونية في الحوكمة التكنولوجية للإنترنت": مقال منشور في مجلة كلية القانون العالمية - السنة السادسة - العدد ٤ - العدد التسلسلي ٢٤- ربيع الأول ربيع الثاني ١٤٤٠هـ - ديسمبر ٢٠١٨م، ص ص ٥٣-٩٦.

(١١) "الحكومة الإلكترونية" هو المصطلح الذي يستخدمه المشرع في المذكرة الإيضاحية للقانون، ويفضل بعض الباحثين استخدام مصطلح آخر هو "الإدارة العامة الإلكترونية" انظر:
د. داوود عبد الرزاق الباز (٢٠٠٤)، الإدارة العامة (الحكومة) الإلكترونية وأثرها على النظام القانوني للمرفق العام وأعمال موظفيه، لجنة التأليف والتعريب والنشر – جامعة الكويت، ط١، ص ص: ٤٣-١٠٩.

الكويت لإدارة الجهاز المركزي لتكنولوجيا المعلومات (CAIT). ويمكن لمستخدم البوابة الحصول على المعلومات والبيانات والخدمات الحكومية طوال أيام الأسبوع باللغتين العربية والإنجليزية(١٢).

المطلب الثاني
تنظيم القانون للمعاملات الحكومية الإلكترونية

يقرر القانون صلاحيات فنية خاصة للجهات الحكومية عند اتجاهها لاتباع الأسلوب الإلكتروني في تعاملها مع جمهور المراجعين، يمكن وصفها بالواسعة والمستقلة وهو ما يسمح بتأسيس قاعدة مستقرة لانطلاق خدمات الحكومة الإلكترونية والمعاملات الإدارية المرتبطة بها.

الفرع الأول
الإجراءات التي يجوز إتمامها إلكترونياً

تبين المادة (٢٦) من القانون الإجراءات التي يمكن لأي جهة حكومية إتمامها بطريقة إلكترونية، وهي معاملات تشمل كثيراً مما يحتاج أن يقوم به الأفراد والجهات الخاصة في أنشطتهم المختلفة، وتتطلب استخدام توقيع إلكتروني، إذ تنص على ما يلي:

"مع عدم الإخلال بأي نص يرد في قانون آخر، يجوز لأية جهة حكومية في سبيل مباشرة اختصاصاتها، أن تقوم بما يلي:

أ – قبول إيداع أو تقديم المستندات أو إنشائها أو الاحتفاظ بها في شكل مستندات أو سجلات إلكترونية.

ب – إصدار أي إذن أو ترخيص أو قرار أو موافقة في شكل مستندات أو سجلات إلكترونية.

ج – قبول الرسوم أو أية مدفوعات أخرى بطريقة إلكترونية

د – طرح العطاءات الحكومية أياً كان نوعها واستلامها بطريقة إلكترونية".

---

(١٢) في هذا السياق انظر:
"مبادرة تمكين العمل عن بعد في القطاع الحكومي" وهي مبادرة يشرف عليها الجهاز المركزي لتكنولوجيا المعلومات لتشجيع وتمكين استخدام أدوات العمل عن بعد في القطاع الحكومي، وينفذها بالتعاون مع شركائه من الجهات الحكومية والشركات الداعمة للتحول الرقمي.
https://www.cait.gov.kw/eLibrary/Magazines.aspx

والمستفاد أن القانون فتح مساراً إجرائياً موازياً يسمح للجهات الإدارية باتخاذ إجراءات مماثلة لما تقوم به عبر القنوات الإدارية المعتادة، سواءً عند استقبال الطلبات والمعاملات المختلفة بما يرتبط بها من مستندات، أو عند إصدارها للقرارات الإدارية المختلفة، وكذلك بوضع أسس التحصيل الإلكتروني للرسوم والمدفوعات، فضلاً عن تمكينها من طرح العطاءات واستلامها بطريقة إلكترونية.

ولا شك أن في إتاحة هذه الرخصة ما يعطي الجهات الإدارية مجالاً واسعاً لتوفير ما تراه من خدمات إلكترونية ضمن نطاق اختصاصها. لكن الأمر الجدير بالملاحظة هنا هو ما يشترطه النص بأن لا يتعارض الإجراء الإلكتروني مع حكم ورد في قانون آخر، وهو أمر يقتضي من كل جهة إدارية ترغب في إتاحة خدماتها إلكترونياً أن تقوم ببحث الجوانب القانونية الكاملة للموضوع للتحقق من توافق الإجراء الإلكتروني مع القانون، ويشمل ذلك أي قيد قانوني سواءً ورد في قانون إنشائها أو في أي قانون آخر ذي صلة بالإجراء؛ حتى لا يكون قرارها معيباً في مشروعيته.

الفرع الثاني
الصلاحيات التي يجوز مباشرتها

وفي هذا السياق، تقرر المادة (٢٧) ما للجهات الحكومية من صلاحيات حين تحدد الإطار التنظيمي للمعاملات الإلكترونية التي تتيحها لجمهور المتعاملين معها، واستناداً لهذه القواعد يجوز للجهة أن تحدد المعايير الفنية المطلوبة، فتنص على ما يلي:

"إذا قررت أية جهة حكومية تنفيذ أي من المهام المذكورة في المادة السابقة بشكل إلكتروني فيجوز لها أن تحدد ما يلي:

أ – الطريقة أو الشكل الذي سيتم بواسطته إنشاء أو إيداع أو حفظ أو تقديم أو إصدار تلك المستندات الإلكترونية، على أن لا يتعارض ذلك مع ما هو مقرر بشأن خصوصية وحماية البيانات من أحكام.

ب – الطريقة والأسلوب والكيفية والإجراءات التي يتم بها طرح العطاءات واستلامها.

ج – نوع التوقيع الإلكتروني المطلوب.

د – الطريقة أو الشكل الذي سيتم به تثبيت ذلك التوقيع على المستند أو السجل الإلكتروني، والمعيار الذي يجب أن يستوفيه مزود خدمات التصديق الذي يقدم له المستند أو السجل للحفظ أو الإيداع، وذلك في حدود المعايير والمواصفات التي تحددها الجهة المختصة وفقاً للمادة (٢٢) من هذا القانون ولائحته التنفيذية.

هـ - عمليات وإجراءات الرقابة المناسبة للتأكد من سلامة وأمن وسرية المستندات والسجلات الإلكترونية أو المدفوعات أو الرسوم.

و - أية خصائص أو شروط أو أحكام أخرى مقررة لإرسال المستندات الورقية، وذلك وفقاً لما تبينه اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

وبذلك يتحدد مدى صلاحيات وسلطات الجهات الإدارية التي يتيحها لها قانون المعاملات الإلكترونية، وحدود السلطة التقديرية للإدارة عند إنشائها، وذلك كله بمراعاة عدم مخالفة أي قواعد شكلية أو موضوعية يتطلبها قانون آخر، فهو قيد مستفاد من سياق أحكام القانون، وهذا ما يظهر بوضوح عند مناقشة ما يدخل وما يخرج من نطاق تطبيق القانون من المعاملات الإلكترونية ضمن المطلب الثالث من هذا المبحث.

المطلب الثالث
حجية المعاملة الإدارية الإلكترونية

تقرر المادة (٣) من قانون المعاملات الإلكترونية المساواة في الحجية والآثار القانونية بين المعاملات الإلكترونية والمعاملات التقليدية إذا أجريت وفقاً لأحكامه، ويشمل ذلك ما يتعلق بالمعاملة الإلكترونية من سجلات ورسائل ومستندات وتوقيعات إلكترونية، فجميعها تنتج ذات الآثار القانونية المترتبة على الوثائق والمستندات والتوقيعات الكتابية(١٣)، ويسري ذلك على العقود المتعلقة بمعاملات إلكترونية مدنية أو تجارية أو إدارية، شريطة أن تكون من المعاملات الإلكترونية التي تخضع لنطاق أحكام القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤، وكذلك يعتد القانون بالمراسلات والمستندات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية من حيث ترتيب الآثار القانونية، وإمكانية الاستناد إليها في المنازعات التي تنشأ بين الأطراف باعتبارها أدلة إثبات مقبولة إذا تم إنشاؤها بمراعاة أحكام هذا القانون.

---

(١٣) للحصول على مزيد من المعلومات يمكن الرجوع باللغة العربية إلى:
أبو الليل، إبراهيم الدسوقي (٢٠٠٣)، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية - دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة "التراسل الإلكتروني"، مجلس النشر العلمي: جامعة الكويت.
محمد مدحت عزمي (٢٠٠٩)، المعاملات التجارية الإلكترونية، الأسس القانونية والتطبيقات، مركز الإسكندرية للكتاب: الإسكندرية.
لورنس عبيدات (٢٠٠٩)، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع: الأردن.
وباللغة الإنجليزية يمكن الرجوع إلى:
Krishna, P.R., Karlapalem, K. & Dani, A.R.(2005), From Contracts to E-Contracts: Modeling and Enactment. Inf Technol Manage 6, 363-387.
K?lvart M., Poola M., Rull A. (2016) Smart Contracts. In: Kerikm?e T., Rull A. (eds) The Future of Law and eTechnologies. Springer, Cham.

الفرع الأول
نطاق تطبيق القانون

أولاً – ما يسري عليه:

تبين المادة (٢) من القانون نطاق سريان القانون رقم (٢٠)، وحسب الفقرة الأولى فإن أحكامه تسري على:

"السجلات والرسائل والمعاملات والمستندات والتوقيعات الإلكترونية ذات العلاقة بالمعاملات المدنية والتجارية والإدارية، وعلى كل نزاع ينشأ عن استخدامها ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، أو يتبين أن قانوناً آخر هو الواجب التطبيق".

وعليه، تسري أحكام قانون المعاملات الإلكترونية بحسب الأصل على جميع المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، وما يتعلق بها من مستندات أو سجلات أو توقيعات إلكترونية وفقاً لأحكام المادة (١/٢) ما عدا الحالات التي تخرج عن نطاق تطبيقه.

ثانياً – ما يخرج عن نطاق تطبيق القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤:

يمكن تقسيم المعاملات الإلكترونية التي لا تخضع لأحكام القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ إلى ثلاث مجموعات على النحو التالي:

١ – المعاملات التي يتفق أطرافها بمحض إرادتهم على استبعاد تطبيق أحكامه، فإن القانون يعتد بهذا الاتفاق تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، ويتم استبعاد تطبيق أحكامه على المعاملة الإلكترونية.

٢ – يتم استبعاد تطبيق القانون أيضاً في حال تبين أن قانوناً آخر هو الواجب التطبيق على المعاملة الإلكترونية.

٣ – إذا تعلق الأمر بإحدى المعاملات والمسائل التي تم استثناؤها صراحةً على سبيل الحصر في الفقرة الثانية من المادة (٢) من القانون، ونظراً لارتباط ذلك بموضوع الدراسة يتم شرح أحكام هذا الاستثناء بتفصيلٍ أكثر في الجزء اللاحق.

الفرع الثاني
معاملات إلكترونية بدون حجية

ضمن الأحكام العامة للقانون التي تسري في شأن جميع المعاملات الإلكترونية ومن بينها المعاملات الإلكترونية الإدارية، تقرر المادة (٢/٢) صراحةً استبعاد المعاملات التالية:

"١ – المعاملات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف.

٢ – سندات ملكية الأموال العقارية وما ينشأ عنها من حقوق عينية أصلية أو تبعية.

٣ – السندات الإذنية والكمبيالات القابلة للتداول.

٤ – أي مستند يستلزم القانون إفراغه في محرر رسمي أو توثيقه، أو ورد في تنظيمه نص خاص في قانون آخر".

ويرد على أحكام المادة (٢/٢) أكثر من ملاحظة، فالمعاملات المستبعدة من نطاق تطبيق القانون، ورد ذكرها على سبيل الحصر، ويهمنا من المعاملات المستبعدة بصفة خاصة ما ورد في الفقرة (ب– سندات ملكية الأموال العقارية وما ينشأ عنها من حقوق عينية أصلية أو تبعية) والفقرة (د– أي مستند يستلزم القانون إفراغه في محرر رسمي أو توثيقه، أو ورد في تنظيمه نصٌ خاص)، وتبين المذكرة الإيضاحية للقانون المغزى من استبعاد تلك المعاملات بأنها معاملات لها خصوصيتها التي تتعارض مع طبيعة قانون المعاملات الإلكترونية، وتشمل المعاملات المتعلقة بالحقوق العقارية، ويلاحظ هنا أن صياغة المادة (٢/٢) جاءت آمرةً لا يجوز الاتفاق على خلاف حكمها، فلا يجوز للأطراف الاتفاق على سريان حكم القانون على أي معاملة أو مستندات تتعلق بالحالات التي تم استبعادها، وإذا تم الاتفاق فإنه يقع باطلاً، وتكون المعاملة دون حجية ولا يعتد بها أمام المحاكم في حال وقوع نزاع، ولا شك أن لذلك عواقب غير محمودة في قطاع اقتصادي ذي أهمية بالغة استدعت تنظيمه بأحكام خاصة.

المطلب الرابع
مدى حجية المعاملة العقارية الإلكترونية

تنص الفقرة الأولى من المادة الأولى من قرار وزارة العدل رقم ٢١٤ لسنة ٢٠٢٠ على ما يلي:

"يجوز لمالك العقار أو من ينوب عنه قانوناً التقدم لإجراء المعاملات العقارية التالية إلكترونياً:

١ – بيع كامل العقار أو نسبة منه.

٢ – هبة كامل العقار أو نسبة منه.

٣ – طلب استصدار شهادة أوصاف عقار للأفراد أو المكاتب العقارية أو الشركات ذات المسؤولية المحدودة".

وإن في شمول المعاملتين المشار إليهما في البندين (١ و ٢) وما يتعارض مع أحكام المادة (٢) من قانون المعاملات الإلكترونية رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ تعارضاً صريحاً لا لبس فيه، وهو الإطار العام الذي تضفي أحكامه الحجية على المعاملة

الإلكترونية وما يرتبط بها من مستندات وسجلات إلكترونية، فلا حجية تكتسبها المعاملات التي تنجز عبر هذا الطريق إلا باستيفاء الضوابط والمعايير المحددة في القانون، ومع صراحة النص القانوني في استبعاد المعاملات العقارية من نطاق سريان أحكامه، فإنه لا مجال للاجتهاد أو الخروج عن حكمه إلا استناداً إلى تشريع من المرتبة نفسها أو أعلى منها.

ومن الخلاصة السابقة يتضح لنا أن المعاملات التي يحددها قرار تفعيل التقديم الإلكتروني منظوراً إليه من زاوية قانون المعاملات الإلكترونية رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ لن تحوز حجية المعاملات الإلكترونية المقررة في أحكامه، وذلك عملاً بأحكام المادة (٢/٢) منه التي تستثنيها صراحةً من نطاق سريانه، والحاجة مازالت قائمة لتطلب المستند الكتابي التقليدي لضمان حجية المعاملة.

أما بصفة عامة، فيستخلص من هذا المبحث أن للجهات الإدارية سلطة واسعة في اتباع المسار الإلكتروني عند توفير خدماتها، فهو أمر مشروع من حيث الأصل وذو حجية مساوية للإجراء الذي يتخذ بالطرق التقليدية، بحيث يمكن اللجوء إليه دائماً وفق احتياجات العمل وظروفه، ما دامت الإدارة ملتزمةً في قرارها بأحكام القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ من جهة، وبأي قانون آخر ذي صلة بالمعاملة محل القرار من جهة أخرى؛ لأن قانون المعاملات الإلكترونية هو القانون الإجرائي الذي توفر أحكامه الإطار العام للمعاملات الإلكترونية، أما القواعد التي تنظم موضوع المعاملة ذاته فتستخلص من القانون الخاص الذي ينظمها، والقوانين ذات الصلة بموضوعها إن وجدت.

فهل توجد قيود ترد من قانون التسجيل العقاري باعتباره القانون ذا الصلة بموضوع القرار، فهذا ما يتم بحثه في المبحث الثالث من الدراسة.

المبحث الثالث
المعاملات العقارية الإلكترونية في ضوء قانون التسجيل العقاري

لتحقيق أهداف الدراسة يتم الربط في هذا المبحث بين موضوع قرار وزارة العدل رقم (٢١٤) لسنة ٢٠٢٠ وأحكام قانون التسجيل العقاري الصادر بالمرسوم رقم (٥) لسنة ١٩٥٩ وما يفرضه من قيود في شأن إجراءات تسجيل المعاملات العقارية المشار إليها في الفقرة الأولى من القرار.

وتبين الفقرة الثانية مسار الإجراءات واجب الاتباع كما يلي:

"يشترط لتقديم المعاملات إلكترونياً أن يتم تعبئة كافة الحقول الإلزامية بالموقع المخصص لذلك في بوابة وزارة العدل الإلكترونية (MOJ.GOV.KW)، وإرفاق كافة المستندات المطلوبة والمبينة على موقع الوزارة بصيغة PDF".

بينما تسند الفقرة الثالثة من القرار إلى إدارة التسجيل العقاري وظيفة مراجعة الطلبات التي تقدم عبر الموقع "وفقاً للنظم والقواعد المتبعة لديها"، وتحدد طريقة إخطار مقدم الطلب بنتيجة الفحص "مباشرةً بأي وسيلة من وسائل التواصل الحديثة".

وبذلك يكون القرار قد أتاح الخدمة منذ بدء استلام المعاملة وحتى تاريخ الإخطار بها مباشرةً عبر وسائل الاتصالات التكنولوجية.

المطلب الأول
قيود على حرية التصرف في العقار

تنقسم التصرفات القانونية من حيث طريقة انعقادها والتعبير عن إرادة التعاقد فيها إلى أولاً: رضائية، وهي التي تنعقد بمجرد التقاء الإيجاب والقبول، ولا يشترط أن يتم التعبير عن الرضا بطريقة خاصة وفقاً لشكل يحدده القانون، ثانياً: شكلية، ويشترط أن يتم التعبير عن الإرادة باتباع شكل محدد يتطلبه القانون، ويعد الأسلوب المطلوب قيداً شكلياً يرد على الإرادة.

ويعرف العقار بأنه: "كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف أو تغيير في هيئته"[(١٤)]، ونظراً لأهمية العقار يضع القانون نظاماً خاصاً بالتصرف فيه من شأنه أن يقيد التصرف فيه، وضمن نظام قانوني ما تتنوع الأهداف

(١٤) المادة ٢٤ من القانون المدني الكويتي الصادر بالمرسوم رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠.

التي تدفع المشرع لوضع قيود على حرية التصرف في العقار أو في ترتيب حقوق عينية عليه، منها ما يتعلق بإحكام الرقابة على سوق العقار، وتحصيل مورد للخزانة العامة من استيفاء الرسوم على التصرفات التي يتم تسجيلها، ومنها ما يتعلق بضمان حق الغير حسن النية في الحصول على معلومات موثقة عن حالة العقار محل التصرف، وأي حق عيني مقرر عليه بما يحقق الثقة في التعامل واستقرار المعاملات العقارية(١٥).

وفي هذا السياق تقرر المادة رقم ٨٩٠ من القانون المدني أنه إذا كان المتصرف فيه عقاراً فلا تنتقل الحقوق العينية أو تنشأ إلا بمراعاة أحكام قانون التسجيل العقاري.

وتقرر المادة (٧) من المرسوم رقم ٥ لسنة ١٩٥٩ بقانون التسجيل العقاري "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب تسجيلها بطريق التسجيل بما في ذلك الوقف والوصية، ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المذكورة لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم..." .

ويؤسس القانون إجراءات التسجيل العقاري على النمط التقليدي القائم على السجلات والمحررات والوثائق، أي النظام الورقي التقليدي، ولا محل فيه لاتباع مسار إجرائي آخر، فقواعده آمرة وتتعلق بالنظام العام لا يملك الأطراف أن يتفقوا على مخالفة أحكامها، ومن جهة الإدارة فإنه لا يوجد ضمن أحكام القانون ما يعطيها سلطة تقديرية لإنشاء نظام تسجيل مختلف عما هو مقرر في أحكامه المنصوص عليها صراحةً، ومع صراحة النصوص ووضوح دلالتها فإنه لا مجال للاجتهاد من قبل الإدارة.

وعلى الرغم من مضمون القرار الذي يجيز التعامل عبر الوسائل الإلكترونية فإن الأمر الملحوظ من الناحية الشكلية هو عدم الإشارة في ديباجته إلى قانون المعاملات

---

(١٥) للمزيد من المعلومات عن الشكلية في القانون المقارن يمكن الرجوع إلى:
شلابي مشرية (٢٠١٨) الشكلية في التصرفات القانونية، رسالة ماجستير بإشراف د. سلايم عبد الله - كلية الحقوق والعلوم السياسية: جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم - الجزائر، ص ٢٠-٢٦.
د. مصطفى العجارمة (٢٠١٨) الشكلية كقيد يرد على الإرادة عند تكوين العقد وفقاً لأحكام القانون المدني الأردني: مجلة جامعة القدس المفتوحة للبحوث الإنسانية والاجتماعية - العدد الخامس والأربعون - حزيران.

الإلكترونية رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ مع الاكتفاء بالاستناد إلى أحكام المرسوم رقم ٥ لسنة ١٩٥٩ بقانون التسجيل التجاري وحده الذي لا يسند هذا الطريق وهو أمر غير مبرر.

أما من الناحية الإدارية ومع عدم وجود مسار إجرائي موازٍ أو بديل عن المسار المحدد في أحكام المرسوم رقم ٥ لسنة ١٩٥٩ فإن المستفاد من ذلك أن الإدارة لم تمنح سلطة تقديرية تسمح لها باتباع مسار إجرائي إلكتروني، ولا يخفى أن قانون المعاملات الإلكترونية من جانبه يضع الأولوية للمستند الكتابي متقدماً على الإلكتروني في حال وجود قانون يشترط إفراغ المستند في محرر رسمي أو توثيقه بطريقة يحددها القانون، أو ورد في تنظيمه نص خاص[١٦]، وهي أوضاع إذا توفر أحدها أو جميعها يمتنع تطبيق قانون المعاملات الإلكترونية على المعاملة على نحوٍ ينزع عنها الحجية، وهو ما سبق شرحه في المبحث السابق، ولا شك أن الأمر منطبقٌ في حالة معاملات التسجيل العقاري المحددة في القرار محل البحث.

المطلب الثاني
الآثار المترتبة على إنجاز المعاملة العقارية إلكترونياً

الفرع الأول
بالنسبة للتصرف في عقار

في حال تم إجراء معاملة بيع عقار أو هبة عقار استناداً لنظام التسجيل العقاري الذي أنشأه القرار، فإنه بالإضافة إلى عدم اكتساب المعاملة للحجية القانونية المقررة في قانون المعاملات الإلكترونية، فإن قواعد التسجيل العقاري تمنع من الاعتداد بالاتفاقات العقارية التي لا يتم تسجيلها وفقاً لأحكامه، وتنص المادة (٧) صراحةً على أن:

"... يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المذكورة لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم...".

فالأثر الذي يرتبه القانون عند عدم تسجيل التصرف على العقار بمقتضى إجراءات التسجيل المقررة في هذا القانون هو اعتبار التصرف كأن لم يكن سواءً في نطاق العلاقة بين أطراف الاتفاق، أو في مواجهة الغير، وهو أثرٌ فادح دون شك لا يرغب أي طرف حسن النية أن يبلغه، ومن ثم فإن إنجاز المعاملة عبر المسار الإلكتروني لن يغني أبداً عن تسجيل المعاملة بالأسلوب المحدد في القانون.

---

(١٦) المادة ٢/٢ من القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ في شأن المعاملات الإلكترونية.

الفرع الثاني
بالنسبة للقرار التنظيمي وقرارات التسجيل الصادرة استناداً له

إن من شأن إصدار قرار إداري يتعارض مع قواعد القانون أن يجعله معيباً في محله، وهو الركن الموضوعي للقرار الإداري يسمه بعيب عدم المشروعية، فمن مقتضيات مشروعية القرار الإداري التزامه بالتشريع الأعلى منه مرتبة، وإلا كان معيباً بالبطلان، وفي هذه الحالة يبدو لنا جلياً أن أحكام هذا القرار تتعارض مع أحكام تشريعين يفوقانه مرتبة(١٧)، ولما كان الأمر متعلقاً بقرار تنظيمي فما سيترتب في الواقع هو صدور مزيد من القرارات الفردية المعيبة في كل معاملة ترد من هذا الطريق ويتم تسجيلها على أساسه، خاصةً وأن القرار نفسه يحدد طريقة الإخطار بنتيجة الفحص والتي تجري أيضاً عبر الوسائل الحديثة، فإذا عرفنا أن الإخطار نفسه سيصدر دون حجية، لنا أن نقدر تبعات ذلك في الواقع العملي، فعلى سبيل المثال كيف يمكن أن يتم احتساب المواعيد القانونية والقضائية المترتبة في حال وقوع نزاع سواءً مع الإدارة أو بين أطراف الاتفاق أنفسهم، وهي اعتبارات كان ينبغي ألا تغيب عند إصدار القرار بتفعيل خدمة التقديم الإلكتروني لتسجيل المعاملات العقارية التي حددها القرار.

وأرى أن من شأن استمرار إنجاز المعاملات المحددة إلكترونياً عبر خدمة التسجيل العقاري أن يهدد وجود المعاملات العقارية واستقرارها، خاصة ما يتضمن إنشاء أو نقل أو إنهاء حق عيني، وكذلك ما ينشأ عنها من حقوق والتزامات، وهو أمرٌ يظهر تأثيره في قطاع اقتصادي أولاه المشرع اهتماماً بالغاً، استدعى تنظيمه بأحكام خاصة حرصاً على حمايته وتنظيمه سواء أكان ذلك في الظروف الطبيعية المعتادة أو الظروف الاستثنائية، فلا يوجد مبرر واقعي أو قانوني يسمح بوقوع هذه المخالفة التي ستمتد تبعاتها إلى ما بعد انقضاء أزمة كورونا(١٨).

---

(١٧) إبراهيم الفياض (١٩٨٨) القانون الإداري - نشاط وأعمال السلطة الإدارية بين القانون الكويتي والقانون المقارن، مكتبة الفلاح: الكويت، ص ص ٣٢٨-٣٣٠.

(١٨) انظر أيضاً: الرأي القانوني للدكتور محمد المقاطع في المؤتمر الذي نظمته كلية القانون الكويتية العالمية حول مفهوم المشروعية القانونية والدستورية في الأحوال الاعتيادية (المشروعية الاعتيادية) والظروف غير الطبيعية (المشروعية الاستثنائية) وأنه لا يجوز التحلل من قواعد المشروعية، فالقانون هو سند أعمال الإدارة.
٩ مايو ٢٠٢٠- الحلقة النقاشية الأولى"آثار جائحة فيروس كورونا على العلاقات القانونية في ظل القانون العام والقانون الجزائي...الإشكاليات والحلول".

ولكل هذه الأسباب، يستخلص أن المعاملات العقارية الإلكترونية التي سيجري تنفيذها عبر بوابة وزارة العدل استناداً للقرار رقم ٢١٤ لسنة ٢٠٢٠ ستكون معاملات فاقدة للسند القانوني، فهي بلا حجية قانونية وفق أحكام قانون المعاملات الإلكترونية رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤، وكذلك هي عرضة للإبطال حسب أحكام المادة (٧) من المرسوم رقم ٥ لسنة ١٩٥٩ بقانون التسجيل العقاري، وهو ما يقتضي سرعة إعادة النظر في القرار حتى نتجنب الوقوع في مبايعات عقارية ليس لها سند من القانون بما يترتب على ذلك من آثار.

خاتمة:

في ختام هذه الدراسة التحليلية التطبيقية، يمكن تلخيص أهم الاستنتاجات المستخلصة بما يلي:

أولاً – استنتاجات عامة:

١ – من أبرز المظاهر التي ارتبطت بأزمة "جائحة كورونا" هو الاتجاه نحو الأسلوب الإلكتروني في إنجاز المعاملات التي تلبي الاحتياجات والأنشطة المتنوعة في المجتمع بالتزامن مع التدابير الحكومية التي أدت إلى تعطيل مظاهر الحياة الطبيعية.

٢ – للجهات الإدارية سلطة اتباع المسار الإلكتروني لتوفير خدماتها، فهو أمر مشروع وذو حجية مساوية للإجراء الذي يتخذ بالطرق التقليدية، ما دامت الإدارة ملتزمةً في قرارها بأحكام القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ من جهة، وبأي قانون آخر ذي صلة بموضوع المعاملة الإلكترونية التي توفرها من جهةٍ أخرى.

٣ – إذا قررت جهة إدارية أن تتيح خدماتها إلكترونياً فإن الأمر يستدعي بحث الجوانب القانونية الكاملة للموضوع للتحقق من توافق الإجراء الإلكتروني مع القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤، وكذلك التحقق من عدم تعارضه مع أي قيد قانوني سواءً ورد في قانون إنشائها أو في أي قانون آخر ذي صلة بالإجراء حتى لا تكون المعاملة فاقدةً للحجية، وهو أمرٌ ينسحب على ما ينشأ عنها من مستندات وسجلات إلكترونية.

٤ – المشروعية شرط أساسي لازم في أي إجراء إداري سواء صدر في الظروف الطبيعية أو في ظروف الأزمات غير المعتادة مثل أزمة كورونا التي يعيشها العالم منذ مطلع العام ٢٠٢٠.

ثانياً – استنتاجات خاصة بالحالة محل البحث:

١ – كشفت الدراسة أن محل قرار وزارة العدل بتفعيل خدمات التسجيل العقاري إلكترونياً إنما يتعارض مع أحكام القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ تعارضاً صريحاً لا لبس فيه، وهو الإطار العام الذي تضفي أحكامه الحجية على المعاملة الإلكترونية وما يرتبط بها من مستندات وسجلات إلكترونية، فلا حجية تكتسب إلا باستيفاء الضوابط والمعايير المحددة في القانون، ومع صراحة النص فإنه لا مجال للاجتهاد أو الخروج عن حكمه.

٢ – بينت الدراسة أوجه تعارض القرار مع أحكام المادة ٨٩٠ من القانون المدني، والمادة ٧ من قانون التسجيل العقاري الصادر بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٥٩، وهو ما يؤثر على صحة وقيمة الإجراءات التي يتم تنفيذها عبر الأسلوب الإلكتروني. ولكل هذه الأسباب، يستخلص أن المعاملات العقارية الإلكترونية التي سيجري تنفيذها عبر بوابة وزارة العدل استناداً للقرار رقم (٢٠١٤) لسنة ٢٠٢٠ ستكون معاملات فاقدة للسند القانوني وبلا حجية قانونية وفق أحكام قانون المعاملات الإلكترونية رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤، وكذلك لا يعتد بها وفقاً لأحكام المرسوم رقم ٥ لسنة ١٩٥٩ بقانون التسجيل العقاري، وهو ما يقتضي سرعة إعادة النظر في القرار حتى نتجنب الوقوع في مبايعات عقارية ليس لها سند من القانون بما يترتب على ذلك من آثار.

المراجع

أولاً – باللغة العربية:

- التجارة العربية بين تداعيات فيروس "كوفيد-١٩"والقيود العالمية والإقليمية" التقرير السابع والعشرون، اتحاد الغرف العربية،
- تقرير رقم (٢٧) أيار – مايو (٢٠٢٠).
- إبراهيم الفياض (١٩٨٨) القانون الإداري – نشاط وأعمال السلطة الإدارية بين القانون الكويتي والقانون المقارن، مكتبة الفلاح: الكويت.
- أبو الليل، إبراهيم الدسوقي (٢٠٠٣)، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية- دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة "التراسل الإلكتروني"، مجلس النشر العلمي: جامعة الكويت.
- مشاركة الأستاذ الدكتور إبراهيم أبو الليل في الحلقة النقاشية المقامة ضمن المؤتمر الذي نظمته كلية القانون الكويتية العالمية لبحث الآثار القانونية لجائحة كورونا: ٩ مايو ٢٠٢٠ – الحلقة النقاشية الثانية "آثار جائحة فيروس كورونا على علاقات القانون الخاص... الإشكاليات والحلول".
- د. اليمامة خضير الحربي (٢٠١٨) "جوانب قانونية في الحوكمة التكنولوجية للإنترنت": مقال منشور في مجلة كلية القانون العالمية – السنة السادسة – العدد٤ العدد التسلسلي ٢٤ – ربيع الأول/ ربيع الثاني ١٤٤٠هـ- ديسمبر ٢٠١٨م، ص ص ٥٣-٩٦.
- د. داوود عبد الرزاق الباز (٢٠٠٤)، الإدارة العامة (الحكومة) الإليكترونية وأثرها على النظام القانوني للمرفق العام وأعمال موظفيه، لجنة التأليف والتعريب والنشر – جامعة الكويت.
- الدكتور سمير أيت أرجدال (٢٠٢٠) "تدخل السلطات العمومية في ظل حالة الطوارئ المعلنة – مقاربة قانونية حقوقية": مجلة الباحث – عدد خاص بجائحة كورونا. كوفيد ١٩ – العدد ١٧ – أبريل ٢٠٢٠.
- شلابي مشرية (٢٠١٨) الشكلية في التصرفات القانونية، رسالة ماجستير بإشراف د. سلايم عبد الله – كلية الحقوق والعلوم السياسية: جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم – الجزائر.

- لورنس عبيدات (٢٠٠٩)، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع: الأردن.
- مشاركة الأستاذ الدكتور/محمد المقاطع في الحلقة النقاشية المقامة ضمن المؤتمر الذي نظمته كلية القانون الكويتية العالمية لبحث الآثار القانونية لجائحة كورونا: ٩ مايو ٢٠٢٠- الحلقة النقاشية الأولى "آثار جائحة فيروس كورونا على العلاقات القانونية في ظل القانون العام والقانون الجزائي...الإشكاليات والحلول".
- محمد مدحت عزمي (٢٠٠٩) ، المعاملات التجارية الإلكترونية الأسس القانونية والتطبيقات، مركز الإسكندرية للكتاب: الإسكندرية.
- أ. د. محمود عبد الرحمن محمد (٢٠١٨)، "مدى حجية الوسائل الإلكترونية في إثبات المعاملات المدنية والتجارية والإدارية": مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - العدد١ - السنة السادسة - العدد التسلسلي ٢١ - جمادى الآخرة / رجب ١٤٣٩هـ - مارس ٢٠١٨م، ١٣٩.ص
- د. مصطفى العجارمة (٢٠١٨) الشكلية كقيد يرد على الإرادة عند تكوين العقد وفقاً لأحكام القانون المدني الأردني: مجلة جامعة القدس المفتوحة للبحوث الإنسانية والاجتماعية - العدد الخامس والأربعون - حزيران.

صحف ومواقع إخبارية:

- "الاقتصاد الرقمي يتمدد في الخليج" - القبس - تحرير/إيمان عطية - ١٤/٥/٢٠٢٠، متوفر على الرابط: https://alqabas.com/article/5774176%D8%8C آخر زيارة ٥/٦/٢٠٢٠.
- تجديد إذن العمل، متوفر على الرابط: https://alqabas.com/article/5764852، آخر زيارة ٥/٦/٢٠٢٠.
- مجلس الوزراء: اتخاذ الإجراءات اللازمة لاستكمال الدراسة «أونلاين».. اختيارياً، متوفر على الرابط: https://alqabas.com/article/5764972، آخر زيارة ٥/٦/٢٠٢٠.
- «الصحة» تدشن خدمة توصيل الأدوية.. ابتداءً من الغد، متوفر على الرابط: https://alqabas.com/article/5763982 آخر زيارة ٥/٦/٢٠٢٠.
- (لا حاجة إلى حمل البطاقات المدنية)، متوفر على الرابط: https://alqabas.com/article/5767978، آخر زيارة بتاريخ ٥/٦/٢٠٢٠.

- التوثيق العقاري: ٣٠ دقيقة للمعاملة.. والمراجع يحضر للتوقيع – ٤ مايو ٢٠٢٠، متوفر على الرابط:
للمزيد: https://alqabas.com/article/5772164 ، آخر زيارة بتاريخ ٥/٦/٢٠٢٠.

ثانياً – باللغة الإنجليزية:

- Al-Ubaydli, Omar, 2020. "Understanding How the Coronavirus Affects the Global Economy: A Guide for Non-Economists," MPRA Paper 99642, University Library of Munich, Germany.
- Krishna, P.R., Karlapalem, K. & Dani, A.R.(2005), From Contracts to E-Contracts: Modeling and Enactment. Inf Technol Manage 6, 363-387.
- Kõlvart M., Poola M., Rull A. (2016) Smart Contracts. In: Kerikmäe T., Rull A. (eds) The Future of Law and eTechnologies. Springer, Cham.

Transforming to E-government Transactions in Kuwait during the Time of Quarantine between Possibilities and Limitations/ the Case of Online Real Estate Registration

Dr. Alyamamah khudair Al-Harbi

In response to the crisis of COVID-19 pandemic the Government of the state of Kuwait has taken certain measures that affected public and private sectors in Kuwait blocked them either partially or entirely. During the time of quarantine many public entities chose to provide online services for the public which happen for the first time in some cases. Amongst which comes a decision by Ministry of Justice which allows for applying online for Real-estate Registration. This paper examines the Decision from the perspective of the 20/2014 Act Regarding Electronic Transactions, it analyses the legitimacy of the Decision and assesses its compliance with the legal provisions. By doing so, the case study would shed light on the 20/2014 Act as a general framework sitting the substantive and procedural requirements for a legitimate E-transaction in Kuwait however in the particular context of e-government.

الإطار القانوني للإضراب غير المنظم وإيقاف العمل بسبب الأوبئة في القطاعات ذات الأهمية الاقتصادية للدولة "بالتطبيق على عمال القطاع النفطي في دولة الكويت"

الدكتور/ ظفر محمد الهاجري
أستاذ مشارك
أكاديمية سعد العبد الله للعلوم الأمنية
دولة الكويت

ملخص:

يعتبر قطاع النفطي في دولة الكويت عماد الدخل القومي للبلاد والركيزة الأساسية لأمنها الاقتصادي، ويعتبر العاملون في هذا القطاع هم أساس الإنتاج وعماد العملية التجارية في هذا المجال.

إن مشكلة البحث تكمن في عدم وجود تنظيم قانوني لممارسة الإضراب عن العمل في التشريع الكويتي، وكذلك توقف العمل الكلي أو الجزئي نتيجة وجود ظرف طارئ كجائحة انتشار فيروس كورونا يمنع ممارسة العمل بسبب تخوف العامل من الإصابة، وهو ما يمثل مشكلة تشريعية لابد من الوقوف على أبعادها التنظيمية.

هذا البحث سوف يتناول مفهوم الإضراب والتوقف عن العمل في القطاعات ذات الأهمية الاقتصادية، ثم يستعرض مصادر الحق في الإضراب والتوقف عن العمل بسبب الأوبئة في التشريع الكويتي. هذا البحث سوف يناقش أيضاً حق الإضراب والتوقف عن العمل بسبب انتشار فيروس كورونا المستجد في التشريع الكويتي. وأخيراً سوف يتناول مشروعية حق الإضراب في التشريعات المقارنة وآلية ممارسته والآثار المترتبة عليه.

مقدمة:

يعتبر قطاع النفط في دولة الكويت عماد الدخل القومي للبلاد، والركيزة الأساسية لأمنها الاقتصادي، ويعتبر العاملون في هذا القطاع هم أساس الإنتاج وعماد العملية التجارية في هذا المجال باعتبار أن القوى البشرية هي المحرك الأهم في أي قطاع، ولاشك أن استمرارية العمل في شتى المجالات مرهونة بعدة عوامل لعل أهمها عدم توقف العمال عن أداء عملهم عن طريق الإضرابات كوسيلة ضغط لتحقيق مطالب معينة أو تحسين ظروف عملهم أو حتى بغرض الضغط على القيادة السياسية في بعض

الأحوال، وفي النهاية تكون المحصلة واحدة وهى وقف العمل كلياً أو جزئياً في مجال عمل معين، أيضاً قد يتوقف العمل في بعض القطاعات العامة بشكل كلي أو جزئي بناء على وجود خطر يهدد الصحة العامة، وهنا قد يكون التوقف نتيجة لصدور قرار سيادي بوقف العمل أو بناء على تخوف من قبل العامل، وفي النهاية تكون المحصلة واحدة وهي توقف عجلة الإنتاج، ومن هنا يمكن القول إن اختلاف القطاع محل التوقف يختلف أثره بحسب اختلاف أهميته في اقتصاد الدولة، ولا يعني ذلك التفرقة بين حقوق عمال وغيرهم حسب القطاع الذي يعملون فيه، إنما تتم التفرقة من ناحية الآثار التي تترتب على الإضراب أو التوقف عن العمل بحسب طبيعة القطاع ومدى تعلقه بالصالح العام والأمن العام والصحة العامة، وكافة المصالح الأساسية في البلاد، وكذلك مصدر التوقف أو السبب المبني عليه توقف العمل في هذا القطاع، فقد يكون حظر الإضراب مبرراً في بعض القطاعات ذات الأثر المباشر على المصالح العليا للبلاد كأجهزة الشرطة والدفاع والصحة...إلخ، وقد يجد توقف العامل ما يبرره إن كان مبنياً على خطر يهدد صحته، فيختلف مدى تأثر الصالح العام من دولة إلى أخرى ما بسبب توقف عمال النفط عن العمل بمدى ارتباط اقتصاد الدولة بهذا القطاع، وسبب التوقف.

وفي دولة الكويت تعتبر القطاعات النفطية وما يرتبط بها من صناعات، هي مصدر الدخل لميزانية الدولة، فهل يبرر ذلك حظر الإضراب في هذا القطاع، أو محاسبة العامل المتوقف عن العمل خوفاً من الإصابة بمرض منتشر ومعدٍ كما هو الحال بالنسبة لجائحة كورونا. فهذا القطاع متعلق بمصالح الدولة العليا وأمنها الاقتصادي، أم أنه يحظر التوقف، ومبحث هذا التساؤل يرجع إلى أن التشريع الكويتي لم يبح الإضراب أو يتناول بالتنظيم التوقف نتيجة وجود خطر يهدد العامل بأي شكل من الأشكال، فإن كان الأمر كذلك، فما هي الوسيلة المشروعة التي يمكن اللجوء إليها من قبل عمال النفط للحصول على حق لهم تعذر عليهم تحقيقه بالطرق العادية، والمقررة في المواد (١٢٣/١٣٢) من القانون الأهلي رقم ٦ لسنة ٢٠١٠م بالنسبة للإضراب أو الآلية القانونية للتوقف في حالة وجود خطر صحي بالنسبة لقطاع يمس الأمن العام الاقتصادي للدولة؟

وبالنسبة للإضراب فقد أضرب عمال النفط في دولة الكويت في ١٧/ أبريل من العام ٢٠١٧م، بعد فشل النقابات العمالية في التوصل لحل يرضي الأطراف، وذلك على خلفية خفض المزايا المالية للعاملين في هذا القطاع، مما ترتب عليه آثار سلبية على الاقتصاد الوطني الكويتي، في حين لم يتمكن التنظيم التشريعي لمنازعات العمل الجماعية في الكويت من حل الإشكالية القائمة، بل لوحت الحكومة إبان هذه الأزمة

بحل النقابات، وأغفلت طريق التعديل التشريعي لاحتواء هذه الأزمة والأزمات المستقبلية التي قد تنشأ بسبب الإضرابات بطريقة لا تؤثر على صالح الدولة العام.

كما توقف العمل في عدد من القطاعات أو تم تخفيف الحضور لمقرات العمل بعد انتشار فيروس كورونا المستجد في دولة الكويت والعالم، ومما يثر عدداً من الإشكاليات هو خلو التشريع من توصيف قانوني لهذه الظروف وطريقة إدارتها نظراً لتهديد صحة العمال وارتباطها بالأمن الاقتصادي.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في عدم وجود تنظيم قانوني لممارسة الإضراب عن العمل في التشريع الكويتي، وكذلك توقف العمل الكلي أو الجزئي نتيجة وجود ظرف طارئ كجائحة انتشار فيروس كورونا يمنع ممارسة العمل بسبب تخوف العامل من الإصابة، وهو ما يمثل مشكلة تشريعية لابد من الوقوف على أبعادها التنظيمية.

منهج البحث:

يعتمد البحث على المنهج التحليلي في دراسة النصوص القانونية في التشريع الكويتي، والمنهج المقارن للوقوف على نقاط القوة والضعف في هذا التنظيم.

خطة البحث:

سوف نتناول موضوع البحث من خلال أربعة مباحث:

المبحث الأول: مفهوم إضراب العمال وتوقفهم عن العمل في القطاعات ذات الأهمية الاقتصادية (عمال النفط في دولة الكويت)

المبحث الثاني: مصادر الحق في الإضراب والتوقف عن العمل بسبب الأوبئة في التشريع الكويتي

المبحث الثالث: حق الإضراب والتوقف عن العمل بسبب انتشار فيروس كورونا المستجد في التشريع الكويتي

المبحث الرابع: مشروعية حق الإضراب في التشريعات المقارنة وآلية ممارسته والآثار المترتبة عليه

المبحث الأول
مفهوم إضراب العمال وتوقفهم عن العمل في القطاعات ذات الأهمية الاقتصادية
(عمال النفط في دولة الكويت)

الإضراب حق تكفله غالبية التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، ويتمثل الإضراب في التوقف الإرادي والمؤقت عن العمل باتفاق بين العمال؛ وذلك بغرض الضغط وتحقيق الأهداف التي اختلف عليها العمال وأصحاب العمل[١].

أما التوقف بسبب جائحة صحية كانتشار وباء فيروس كورونا المستجد فإن مفهوم هذا التوقف إنما هو توقف مبرر بسبب أجنبي عن طرفي العقد، وقد يكون التوقف بقرار من الجهات السيادية في الدولة أو بسبب خوف العامل من الإصابة، وهنا لا يأخذ حكم التوقف الإرادي المتمثل في الإضراب، كما أن هذا النوع من التوقف لا يصحبه أي مطالبات أخرى، ونعتقد أن على المشرع أن يتدخل لوضع تنظيم قانوني لمثل هذه الفرضيات بما يحقق مصالح طرفي عقد العمل.

أما الإضراب فلا يتم اللجوء إليه كوسيلة لفض منازعات العمل الجماعية إلا بعد استنفاذ كافة الطرق الأخرى الودية والرسمية منها، ومع ذلك فالإضراب وإن كان وسيلة مهمة لتحقيق التوازن بين طرفي علاقة العمل، إلا أنه وسيلة خطرة لما يترتب عليها من آثار اقتصادية واجتماعية سلبية، ويتفاقم الوضع بصورة أكبر إذا تعلق الإضراب بعمال صناعة استراتيجية تتعلق بالأمن الاقتصادي للدولة كحالة عمال النفط في دولة الكويت.

لذلك لم يكن الإضراب كوسيلة للتعبير عن عدم الرضا من قبل العمال مقبولاً في

---

(١) RIVERO Jean, SAVATIER Jean, Droit du travail, 13ème éd, PUF, Paris, 1993, p 339

هناك عدد من التعريفات الفقهية التي اختلفت في المبنى وتوحدت في ذات المعنى حيث اعتبرت الإضراب هو توقف بالاتفاق بين العمال عن العمل لأهداف تتعلق بالعمل ولمدة زمنية، وفي العموم هو توقف إرادي عن العمل للمزيد انظر:

د. سليمان محمد الطماوي - مبادئ القانون الإدراي – دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية - ٢٠٠٥- ص ٢٠٢، محمد بكر حسين - الوسيط في القانون الإداري - دار الفكر العربي - الإسكندرية ٢٠٠٦م - ص ١٩٠٠.

وقت سابق، فقد ظل فترة طويلة من الزمن ينظر إليه كأحد مظاهر الفوضى، بل كانت بعض التشريعات تعتبر الإضراب عن العمل جريمة يعاقب عليها القانون(٢).

فالاعتراف بمشروعية الحق في الإضراب لم يأت بشكل مباشر أو كان وليد نزاع واحد، إنما كان الاعتراف به كحق نتيجة نضال عمالي استمر ردحاً طويلاً من الزمن بين اللامشروعية والمشروعية والتنظيم القانوني لممارسته، وبقي في بعض التشريعات في منطقة رمادية مع الإقرار بمشروعيته، ووضع ضوابط قانونية تشدد من ممارسته، والإقرار بمشروعية هذا الحق - من وجهة نظرنا - إنما ارتبط ارتباطاً وثيقاً بتطور دور الدولة واعتناقها النظام الاشتراكي أو الرأسمالي ومدى ديمقراطية نظام الدولة.

ويستمد الحق في الإضراب مشروعيته من المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية. وفيما يخص عمال القطاع النفطي في دولة الكويت والخاضعين للقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٦٩ في شأن العمل في القطاع النفطي لم يتطرق لمعالجة مسألة إضراب عمال النفط في الكويت، وكذلك القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٠م الذي جعل التوقف عن العمل محظوراً؛ مما يمكن القول معه أن التشريع الكويتي يتبنى اتجاه حظر الإضراب عموماً.

فإضراب عمال القطاع النفطي يعتبر كأي إضراب عمالي آخر، وإن كل ما هنالك أن القطاع النفطي تتزايد أهميته في الدول التي يعتمد اقتصادها عليه كمصدر دخل رئيسي للدولة(٣)، وإلا كان الإضراب في هذا القطاع عادياً كأي إضراب آخر، وسندرس فيما يلي التنظيم التشريعي لهذا لحل النزاعات العمالية في التشريع الكويتي مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف صناعة النفط في دولة الكويت.

---

(٢) مثال ذلك التشريع الفرنسي القديم
CRISTAU Antoine, Grève et contrats, Thèse pour l'obtention du grade de docteur, université Paris II, 1999, p 4.
وفي مرحلة لاحقة اعترف المشرع الفرنسي بالحق في الإضراب بعد ردح طويل من الرفض القضائي والتشريعي، ثم في مرحلة لاحقة اعترف به دستورياً فيما عدا بعض الفئات التي نص عليها صراحة وذلك فيما يتعلق بالأمن والدفاع، وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي بقراره الصادر في ٢٨/ جويلية ١٩٨٧م، فعلى سبيل المثال تضمنت المادتان ٤١٤ و ٤١٥ من قانون العقوبات الفرنسي ١٨١١م تجريم كل محاولة لوقف العمل.

(٣) https://www.mof.gov.kw/MofBudget/PDF/Minister-stat20-19.pdf
بيان وزير المالية عن الأوضاع الاقتصادية والمالية والنقدية للسنة المالية ٢٠١٩/٢٠٢٠م- ص ١٢٢ وما بعدها.

المبحث الثاني
مصادر الحق في الإضراب والتوقف عن العمل بسبب الأوبئة في التشريع الكويتي

ورد في القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٠م تنظيماً لحل مشاكل منازعات العمل الجماعية التي تنشأ بين واحد أو أكثر من أصحاب العمل وجميع عماله أو فريق منهم بسبب العمل أو بسبب شروط العمل(٤).

ونعتقد من جانبنا أن قصر منازعة العمل أو الإضراب على عدد جماعي من العمال يتعارض وحريات العمل وما تقرره التشريعات العالمية من حقوق، بينما نرى بضرورة تقرير الحق ولو لعامل واحد طالما أنه استنفذ كل الطرق قبل الإضراب للوصول لحق مشروع يطالب به.

إلا أنه يلاحظ أن التشريع الكويتي كان واضحاً في قصر التنظيم على منازعات العمل الجماعية التي تنشأ بسبب العمل فقط أو بسبب شروطه(٥)، دون التعرض لأية أسباب أخرى قد تكون محركة للمنازعات العمالية الجماعية، وهنا يقتصر الأمر على المنازعة بين طرفي علاقة العمل، ولا يعتبر إضراباً أي أمر آخر طالما لا يعتبر منازعة بين هذين الطرفين، وهو ما نؤيده بحيث لا يدخل أي حراك آخر فيما يعتبر إضراباً، ومع ذلك نعتقد أن وضع التعريفات في العموم ليس مهمة المشرع، وإنما هي مهمة أصيلة للفقه.

وفيما يتعلق بعدم تنفيذ العامل للعمل المنوط به بسبب وجود خطر يهدد صحته أو حياته كما هو واقع في ظل انتشار فيروس كورونا المستجد، فإن الأمر يختلف في

---

(٤) يلاحظ من هذا العريف أن الإضراب الفردي عن العمل لا يعد منازعة عمل، ويقصر المنازعة على النزاعات الجماعية، فعدد العمال المطلوب وجودهم في الإضراب ليعتبر كذلك لم يلقَ استقراراً على سبيل المثال في الاجتهاد الفقهي الفرنسي، على عكس الأنظمة التي تتطلب موافقة نقابية لشرعية الإضراب.

(٥) يعرف جانب من الفقه نزاع العمل الجماعي بأنه النزاع الذي يثيره عدد من العمال بصفة جماعية بقصد تحقيق مصلحة جماعية أي مصلحة عمالية عامة أو مشتركة وليست مصلحة شخصية أو فردية ولو كانت عمالية - انظر: د. مصطفى أحمد أبو عمرو - علاقات العمل الجماعية - (المفاوضات الجماعية - النقابات العمالية - اتفاقيات العمل الجماعية - منازعات العمل الجماعية) دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية - ٢٠٠٥م - ص ٢٨. أيضاً: د. سيد محمود رمضان - الوسيط في شرح قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي - مكتبة دار الثقافة عمان - ص ٤٩٩.

حالة كون التوقف عن العمل بسبب قرار سيادي يمنع الحضور لمقرات العمل أو حظر التجول، أو كون التوقف كان نتيجة لتخوف العامل من خطر يهدد صحته أو حياته(٦)، ففي الحالة الأولى لا يمكن القول بأن الانصياع من قبل العمال للقرارات السيادية إلا من قبيل القوة القاهرة(٧) التي تحللهم من أي التزام قانوني(٨) أما في الحالة الثانية فهنا يتم الحكم على الأمور بمعيار شخصي، فبعض العمال قد يستمر في عمله والبعض الآخر قد لا يستمر في العمل، وهو ما يخلق إشكاليات في الواقع العملي، أو يتم منع وقف العمل في بعض الجهات في الدولة، ولا يتم ذلك في بعض الجهات الأخرى ذات الأهمية الاقتصادية أو التي تتعلق بالصحة والأمن العام، وهناك توسع في مفهوم وقف العمل بما يشمل كل حالة يتوقف فيها عقد العمل طالما هناك مبرر، وهو ما نؤيده باعتبار أزمة انتشار فيروس كورونا المستجد واعتباره جائحة عالمية سبباً يبرر التوقف عن العمل(٩)، وقد خلا التشريع الكويتي من أي تنظيم لمثل هذه الظروف.

فلا يمكن التسليم بمنع أو تجريم الإضراب والتوقف عن العمل بسبب وجود خطر على الصحة العامة في التشريع الكويتي لمجرد خلوه من التنظيم، فالإضراب

---

(٦) Kier Bamford, Commercial and Intellectual Property Law and Practice 2020, College of Law Publishing, 2020, part 1.5.2.8.

(٧) يقصد بالقوة القاهرة، أمر طارئ غير متوقع حصوله وغير ممكن دفعه أو تلافيه، يجبر الملتزم على الإخلال بالتزامه، راجع في ذلك على سبيل المثال: د. سليمان مرقس - المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية- ص٤٩١.

(٨) وهنا يذهب جانب من الفقه إلى تعريف وقف العمل بناءً على قوة قاهرة بأنه وقف لحياة العقد بناء على القوة القاهرة، انظر: حكم محكمة النقض المصرية والتى تتوسع في تحديد المقصود بالقوة القاهرة التي توقف تنفيذ عقد العمل، كما لو تم اعتقال العامل. ونعتقد أن انتشار فيروس كورونا يعتبر من القوة القاهرة التي تبيح للعامل أن يتوقف عن نتنفذ العقد - نقض مدني ١٩٨٣م أشار لهذا الحكم: د. حسام الدين كامل اللاهوني - شرح قانون العمل - أبناء وهبة حسان - ١٩٩١م- القاهرة - ص ٥٦٤.

ويشترط لإعمال القوة القاهرة ما يلي:

١- لا يكون الحادث أو الفعل الضار صادراً عن أحد طرفي العقد.

٢- أن يكون الحادث أمراً لا يمكن توقعه مُطلقاً عند إبرام العقد.

٣- أن يكون الحادث عاماً يضر بالجميع، وليس خاصاً بشخص معين.

٤- أن يجعل الحادث غير المتوقع تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة، لا نسبية، أي استحالة التنفيذ بالنسبة إلى أي شخص تكون في موقف المدين. وكل هذه الشروط متوفرة بالنسبة لانتشار فيروس كورونا المستجد.

(٩) Jean Rivero et Jean Savetier, "Droit du travail", Thémis, 5ed. Paris 1970, p.491.

يعتبر حقاً من حقوق العمال في العموم لا يمكن حرمانهم منه لمجرد عدم النص عليه في صلب التشريع الداخلي للدولة على أنه حق، فهو حق بطبيعته، وكذلك الأمر بالنسبة للتوقف بسبب الجوائح الصحية، فتعتبر قوة قاهرة أو ظرفاً استثنائياً يترتب على آثار استثنائية، ولتوضيح ذلك يمكن أن نقسم هذا البحث إلى خمسة مطالب:

المطلب الأول : حقوق طرفي التعاقد

المطلب الثاني: منظمة العمل الدولية

المطلب الثالث: المواثيق الدولية

المطلب الرابع: المواثيق الإقليمية

المطلب الخامس: التشريع الوطني

المطلب الأول
حرية وحقوق أطراف العقد

عقد العمل في العموم هو عقد رضائي بين طرفيه، ويبقى كل طرف ملتزم بما يرتبه العقد عليه من التزامات مادام العقد باقياً، أما الإضراب أو التوقف نتيجة لظرف طارئ من قبل العامل لا يكون في الغالب إلا بسبب يبرر ذلك، ففي حالة الإضراب قد يتسبب إخلال رب العمل[١٠] بحقوق العامل فيكون التوقف أو الإضراب مدبراً وجماعياً بين عدد من العمال وصاحب العمل، والمحصلة واحدة وهي التوقف عن العمل لأسباب يرونها مبررة لهذا التوقف.

أما الإضراب بسبب تحسين الظروف الاجتماعية والاقتصادية للعمال ولو لم يكن لها مستند في العقد فيمكن تبرير حق العمال في الإضراب بما تقتضيه قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي، وإلا فلن يكون هناك إضراب أصلاً طالما وافق العمال على العقد بالشروط الواردة فيه، هذا ما لم تتخذ الإضرابات الشكل السياسي[١١] فيما يعرف بالإضرابات الفئوية المسيسة[١٢] وهذا النوع يخرج من مجال الدراسة.

(١٠) Francis Rose, Blackstone's Statutes on Contract, Tort & Restitution, Oxford University Press, 30th Edition, 2019-2020, p174.

(١١) هذا النوع من الإضراب عن العمل غير مشروع على رأي أغلب الفقه، في هذا الصدد راجع في ذلك على سبيل المثال: د. محمد أبو السعود حبيب، الموظف العام وممارسة الحقوق والحريات السياسية - دار الثقافة الجامعية - القاهرة - ١٩٦٦م ص ١٦٠ وما بعدها.

(١٢) المؤسسة العربية العالمية - مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر - السعودية - ١٩٩٦م - ج ٢ - ص ٢٥٩.

ونضيف إلى ذلك ما يترتب على تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية ولو بقيت شروط العقد كما هي منذ إبرامه بين طرفيه، فما كان مقبولاً قبل وقت معين أصبح في وقت لاحق غير مقبول، وينبغي في كل الأحوال أن يتم تقدير مدى تأثير تغير الظروف للمحكمة التي تنظر الموضوع.

أما انتشار وباء معين(١٣) كفيروس كورونا المستجد فنعتقد أنه يبيح للعامل أن يتوقف عن العمل باعتبار ذلك قوة قاهرة حالت بين العامل وبين تنفيذ التزاماته العقدية في عقد العمل، فانتشار الفيروس تتوافر فيه شروط الظرف الاستثنائي، حيث تطور المرض ليصبح جائحة عالمية تهدد الصحة العامة وتبيح للمتعاقد التوقف مؤقتاً عن تنفيذ التزاماته(١٤)، فمن شروط تنفيذ أي التزام ألا يسبب ضرراً للملتزم، والضرر المتوقع هنا يهدد حياة المتعاقد الآخر، فنعتقد أن توقف العامل عن العمل بسبب هذا الظرف يجد ما يبرره باعتباه حادثاً فجائياً(١٥).

المطلب الثاني
منظمة العمل الدولية

منظمة العمل الدولية هي وكالة تابعة للأمم المتحدة تراقب تطبيق معايير العمل وترعى مصالح العمال على النطاق العالمي، حيث تدعم منظمة العمل الدولية حقوق العمال بشكل مستمر ومنتظم، وتؤيد توافر صلاحيات للنقابات العمالية من ضمنها الإضراب لكل نقابة عمالية حتى تمارس نشاطها، ولا يمنع ذلك وجود الإجراءات التي تنظم الإضرابات، حيث إن منظمة العمل الدولية لا تعتبر حق الإضراب حقاً مطلقاً، فقد وضعت بعض الاستثناءات، وحددت عدداً من الفئات، وأجازت حظر الإضراب بالنسبة لها، وذلك على النحو التالي:

---

(١٣) https://www.ilo.org/beirut/media-center/news/WCMS_741036/lang--ar/index.htm

(١٤) Josef Schmidhuber and Bing Qiao, Comparing Crises: Great Lockdown versus Great Recession, food and Agriculture Organization of the United Nations, Rome, 2020, p 23.

(١٥) الحادث الفجائي هو الحادث الذي لم يكن بمقدور أشد الناس حيطة ويقظة أن يتوقعه أو يدفعه إذا كان محاطاً بنفس الظروف الخارجية التي تعرض لها المدعى عليه، مما جعل تحقق الضرر أمراً محتماً": د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن - الدراسات البحثية في المسؤولية Schmidhuber J and Qiao B, Comparing Crises: Great Lockdown versus Great Recession, food and Agriculture Organization of the United Nations, Rome, 2020, p 23.

=

أولاً: أفراد الشرطة والقوات المسلحة، حيث وافقت منظمة العمل الدولية على أنه يمكن حرمان أفراد الشرطة والقوات المسلحة من حق الإضراب.

ثانياً: بعض الموظفين في الخدمة العامة يمكن حظرهم أو تقييدهم من ممارسة الحق في الإضراب بشرط أن يغطي ذلك فقط الموظفين الحكوميين الذين يمارسون الصلاحيات والسلطات باسم الدولة.

ثالثاً: الموظفون في الخدمات الأساسية كالخدمات التي يؤدي تعطلها إلى تعريض الأرواح أو سلامة الأشخاص أو صحة كل أو جزء من السكان للخطر.

وهنا يثور التساؤل حول مدى اعتبار عمال النفط ضمن أي من هذه الطوائف، ومن ثم يمكن حظر الإضراب بالنسبة لهم، نعتقد أن عمال النفط ليسوا ضمن هذه الطوائف، ومن ثم لا يعتبر الإضراب بالنسبة لهم ممنوعاً، وإنما يكون حقاً لهم غير محظور، على أن تتم ممارسته في الأطر القانونية التي لا تعرض مصلحة الدولة العليا وأمنها الاقتصادي للضرر، فعمال الصناعات النفطية في الكويت ليسوا كعمال الصناعات النفطية في دولة أخرى لا يرتبط اقتصادها بالنفط، وإلا كان الأمر غير معقد ولا يشكل أي خطورة على الاقتصاد الوطني، وإنما يمكن التفريق بين طائفة عمال النفط والطوائف التي يمكن حظر الإضراب عليها في أن هذه الطوائف بمجرد ممارستها للإضراب تكون الآثار على العامة واضحة وسريعة، كما لو تعلق الأمر بالصحة والأمن أو النقل والمواصلات، على عكس عمال النفط فهناك مجال لمعالجة الإضراب دون تأثر العامة.

المطلب الثالث
المواثيق الدولية

الاتفاقية الدولية التي أبرمت بشأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام ١٩٩٦م، تمثل وثيقة الحقوق الإنسانية الدولية الرئيسية التي تعترف صراحة بحق الإضراب في المادة ٨ (١) (د) من الاتفاقية التي تنص على أن: "الدول الأعضاء في

= المدنية - المجلد الأول - المسؤولية المدنية الشخصية في الفقه والقضاء المصري والفرنسي - منشأة المعارف - الإسكندرية - ٢٠٠٧م - ص ١٩٨.

أيضاً تنص المادة (١٦٥) من القانون المدني المصري على أنه: (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر).

الاتفاقية الحالية تتعهد بأن تضمن – من بين أشياء أخرى – حق الإضراب بشرط ممارسته طبقاً لقوانين الدولة المعنية".

وعلى الرغم من ذلك فقد أبدت دولة الكويت تحفظها على هذا البند، فهل المقصود من هذا التحفظ هو تبني التشريع الكويتي للاتجاه الرافض لمشروعية الإضراب، أم أن التشريع الكويتي أوجد وسائل أخرى لحل النزاعات العمالية الجماعية دون الوصول لوقف العمل، وجعل ذلك محظوراً على فرض أن ما تم وضعه من وسائل سينهي النزاع، وهو ما سنعرض له لاحقاً في هذا البحث.

المطلب الرابع
المواثيق الإقليمية

نصت المادة ٢٤ من إعلان حقوق الإنسان لمجلس التعاون لدول الخليج[١٦] على أن: "العمل حق لكل إنسان قادر عليه، وله حرية اختيار نوعه وفق مقتضيات الكرامة والمصلحة العامة، مع ضمان عدالة شروط العمل وحقوق العمال وأصحاب العمل".

وقد جاء هذا النص واسعاً فضفاضاً وإن لم يشر بشكل صريح لحق العمال في الإضراب إلا أنه أشار لحقوقهم بشكل عام، كما أشار إلى ضرورة عدالة شروط العمل والتي قد تتغير مع الظروف، ومن ثم يصبح الإضراب حقاً للعمال لتغيير وضع اقتصادي أو اجتماعي خاص بعمله، وهذا ما يؤيد وجهة نظرنا في كون الإضراب حقاً مشروعاً للعمال.

ونعتقد أن من الأحرى أن يتم النص صراحة على مشروعية حق العمال في الإضراب بما لا يمس الصالح العام أو التحول إلى أعمال عنف، وذلك على غرار المادة ٦/٤ من الميثاق الأوروبي الاجتماعي لعام ١٩٦١ والمعدل في عام ١٩٩٦[١٧]حيث نص صراحة على حق العمال في الإضراب من أجل تحقيق مصالحهم المشروعة؛ وذلك يتطلب من المشرع وضع ضوابط إجرائية محددة يجب اتباعها.

---

(١٦) https://hrc.gov.sa/arsa/ConventionsAndCharters/ChartersOfHumanRights/Pages/HumanRights.aspx

(١٧) https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/035#:~:targetText=The%20European%20Social%20Charter%20of,of%20economic%20and%20social%20rights.&targetText=The%20European%20Social%20Charter%20sets,Parties%20based%20on%20national%20reports.

أيضاً الميثاق الأوروبي لحقوق العمال الاجتماعية الأساسية لعام ١٩٨٩[١٨] اعترف صراحة بأهمية حق الإضراب، وكذلك الأمر في ميثاق الحقوق الأساسية في الاتحاد الأوروبي لعام ٢٠٠٠.

وبناء على ما سبق نهيب بالمشرع الكويتي النص صراحة على حق العمال في الإضراب باعتباره أحد الضمانات الهامة لحقوق العمال، مع وضع الضوابط القانونية اللازمة لممارسته دون المساس بمصالح الدولة أو أمنها الاقتصادي، كأن يتم اشتراط موافقة الجهات النقابية، مع تقديم ما يثبت فشل طرق تسوية النزاعات بالطرق القانونية التي نص عليها المشرع في القانون؛ حتى لا يجد العامل نفسه بين حظر التوقف عن العمل وعدم جدوى الوسائل التي أقرها المشرع لفض منازعات العمل.

المطلب الخامس
التشريع الوطني

يعتبر الدستور هو الوثيقة القانونية الأعلى مرتبة في أي تشريع داخلي، وتعتبر القوانين الداخلية هي المصدر الأهم لتقرير مشروعية الإضراب وتحديد طريقة ممارسته، سواء تم النص على هذا الحق في الدستور أو في القوانين الأدنى منه.

وقد جاء التشريع الكويتي خالياً من أي تنظيم للإضراب، كما لم يضع أي عقوبة على ممارسة الإضراب أو حتى الدعوى إليه، وهو ما يجعل التشريع الكويتي يظهر وكأنه يتبنى اتجاه حظر الإضراب عموماً، وهو ما لا نؤيده، فلا يمكن تحميل رغبة المشرع ما لم يتم النص عليه في صلب التشريعات الوطنية للدولة.

أما التوقف عن العمل بسبب انتشار وباء معين (فيروس كورونا المستجد) فإن الوباء يعد قوة قاهرة تجعل تنفيذ التزام العامل مرهقاً، وهو الأمر الذي يبيح له التوقف عن تنفيذ العقد مؤقتاً[١٩].

---

(١٨) https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/community-charter-of-the-fundamental-social-rights-of-workers

(١٩) Food outlook, Blannual Report on Global Food Markets, food and Agriculture Organization of the United Nations, Covid -19, June 2020, p 70.

المبحث الثالث
حق الإضراب والتوقف عن العمل بسبب انتشار فيروس كورونا المستجد في التشريع الكويتي

الإضراب – كما سبق القول – عبارة عن وسيلة ضغط يقوم بها العمال من أجل تحقيق مطالبهم، وهذه المطالب قد لا تقتصر في المطالب العمالية الناجمة عن علاقة العمل بين العمال ورب العمل فقط، كما لو كان الإضراب من أجل زيادة الأجور أو تحقيق طلبات معينة لفئة العمال في هذا القطاع، إنما قد تتخذ منحى آخر، وهو إظهار اتجاه سياسي معين، أو رأي معين ضد سياسة الدولة مثلاً(٢٠)، وإبداء الرفض لقرارات الحكومات، ولو لم تتعلق بهذه الفئة من العمال، وهو ما لا نؤيد وصفه بالإضراب، فاختلاف الهدف في هذا النوع من التجمعات أو التظاهرات(٢١) أو طريقة التعبير عن الرأي لا يتعلق بعمل هؤلاء العمال، وقد ينضم إليهم آخرون لا تجمعهم بهؤلاء العمال رابطة معينة، كما هو معروف بالمظاهرات الفئوية.

ويصبح الاعتراف بالحق في الإضراب أكثر تعقيداً إذا كان متعلقاً بقطاع استراتيجي يتعلق بالأمن الاقتصادي، ويؤثر بطريق مباشر على مصالح الدولة.

أما التوقف بسبب انتشار وباء كفيروس كورونا المستجد، فإنه يرقى ليكون حقاً لكل عامل باعتباره قوة قاهرة(٢٢)، تجعل تنفيذ الالتزام الملقى على عاتقه إن لم يكن مستحيلاً فهو مرهق، لوجود تهديد حقيقي للعامل وللمجتمع بسبب طبيعة هذا الوباء. وكما سبق وأشرنا فإن هذا التوقف يعتبر حقاً للعامل باعتباره مهدداً لحياة العامل والمجتمع ككل، وإن على أصحاب العمل، والدولة أن يتخذوا التدابير الوقائية وأن يتحملوا أي خسائر لتجاوزها بما لا يهدد حياة العمال، وذلك على الرغم من تعلق المنشآت النفطية بالأمن الاقتصادي لدولة الكويت.

فقطاع النفط في دولة الكويت هو القطاع الاقتصادي الأهم حيث يمثل المصدر

---

(٢٠) ظهرت الإضرابات الفئوية في مصر في أعقاب ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١م، وتمثلت في إضرابات لقطاعات معينة لم يكن هدفها فقط تحسين الأوضاع المعيشية للعمال بل كانت الأمور تتطور لتصبح في شكل مظاهرات ومطالبات سياسية.

(٢١) من أكثر الاختلافات وضوحاً بين المظاهرات والإضراب هو الهدف، إضافة إلى كون الإضراب قد يكون من عامل واحد بخلاف المظاهرة.

(٢٢) Kier Bamford, Commercial and Intellectual Property Law and Practice 2020, College of Law Publishing, 2020, part 1.5.2.8.

الرئيسي لدخل الدولة، ويعتر الإضراب في هذه القطاعات متعلقاً بمصالح الدولة العليا؛ مما يثير التساؤل حول مدى قوة مبررات حظره، وهل يتمتع العمال في هذا القطاع بذات حقوق العمال في المؤسسات الأخرى الخاصة أو العامة بحقهم في الإضراب.

فالإضراب – كما أسلفنا – هو عبارة عن توقيف جماعي لعمال في قطاع معين، ولا يوجد في التشريع الكويتي نص صريح يبيح حق الإضراب للعمال، بل نصت المادة ١٣٢ من القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٠م على أن يحظر على طرفي المنازعة أثناء إجراءات المفاوضة وقف العمل كلياً أو جزئياً، والمستفاد من ذلك هو حظر الإضراب عموماً مهما اختلفت طبيعة العمل، وذلك على الرغم من توقيع الكويت على اتفاقية العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية ١٩٦٦م، إلا أن الكويت قد أبدت تحفظاً على البند (د) من المادة ١/٨ من الاتفاقية الخاص بمنح العمال الحق في الإضراب[٢٣]، والتي تحيل طريقة ممارسة الإضراب للتشريع الداخلي للدولة مما يوضح بجلاء اتجاه المشرع الكويتي لحظر الإضراب عموماً.

فترك الاتفاقية تنظيم حق الإضراب وممارسته لتشريعات كل دولة طرف يثير عدداً من الإشكاليات حول مشروعية هذا الحق بالنسبة لقطاع النفط في الكويت وغيره من القطاعات.

فمن ناحية تعتبر المؤسسات النفطية مؤسسات ذات أهمية كبرى تمس دخل الدولة القومي وأمنها الاقتصادي، لا يمكن توقيفها مما يؤيد ما ورد في نص المادة ١٣٢ من القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٠م.

بينما يعتبر حرمان العمال من أي عمل مهما اختلفت طبيعته (إلا ما يحظر فيه الإضراب لأسباب تتعلق بالأمن والصحة والسلامة العامة[٢٤]...إلخ) من حقهم في

---

(٢٣) نصت الفقرة (د) على أن تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد.... د - حق الإضراب شريطة ممارسته وفقاً لقوانين البلد المعني.

(٢٤) مثال ذلك المشرع الفرنسي الذي حظر الإضراب في قطاعات معينة منها مؤسسات الأمن بموجب القانون الصادر في ٢٧ ديسمبر ١٩٤٧، والمصالح الخارجية لإدارة السجون في سنة ١٩٨٥، وغير ذلك، ورتب على الإضراب في هذه القطاعات عقوبات تأديبية قد تصل إلى الفصل من العمل لمخالفة هذا الحظر.

في هذا الصدد انظر: حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية winkell بشأن إضراب عمال البريد في فرنسا ١٩٠٩م.

C.E.7 aout 1909, Winkell, Rec.826 et 1296, concl. Tardieu;S. 1909.3.145, concl. Tardieu, note Hauriou; D. 1911.3.117 concl. Tardieu; R.D.P.1909. 494.

الإضراب إجحافاً بهم، ولا يمكن ربطه بجهة وطبيعة العمل، فالأصل أن الإضراب هو إبداء للسخط تجاه وضع معين بالنسبة للعمال خاصة إذا لم تتعدَّ المطالبات نطاق العمل إلى مطالب أخرى سياسية.

ومن وجهة نظرنا أن العصر الحديث لم تعد فيه الإضرابات العمالية بمطالب تحسين الظروف المحيطة بالعمل، وإنما تعدت أسباب الإضرابات العمالية هذا الحيز إلى مطالبات أخرى، على ألا يكون عصياناً(٢٥) أو تركاً للعمل، فليس كل توقف عن العمل يصنف على أنه إضراب(٢٦).

وبالنظر للقانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٠م نجد أن الفصل الثالث في المواد (١٢٣/ ١٣٢) والتي تناولت منازعات العمل الجماعية التي تنشأ بين العمال وأصحاب العمل ويكون سببها العمل أو شروط العمل، فما يخرج عن هذه الأسباب لا يعتبر منازعة عمل بالمعنى المقصود في القانون، إلا أن القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٠م لم يبح التوقف عن العمل وجعله أمراً محظوراً، في حين أن الإضراب هو توقف إرادي عن العمل، فيفهم من ذلك أن الإضراب محظور في التشريع الكويتي وهو ما لا نؤيده.

فحق الإضراب والتوقف عن العمل هو أحد الحريات الأساسية، كما أنه حق من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للعمال، بالإضافة إلى كونه وسيلة هامة لتحقيق التوازن الاجتماعي والاقتصادي بين العمال وأصحاب العمل في ظل الأنظمة الرأسمالية التي خلقت تفاوتاً بين الطبقات الاجتماعية، فأصحاب الحق في تقرير الإضراب من عدمه هم العمال أنفسهم، فهم أكثر دراية بظروفهم الاجتماعية والاقتصادية المهددة والتي تستدعي الإضراب لتحقيقها.

وجدير بالذكر أن هناك جانباً من الفقه يرى بمنع الإضراب في المرافق العامة الأساسية(٢٧)، ونشير في هذا الصدد إلى أن فكرة المرفق العام الأساسي في الدولة والذي يمنع فيه الإضراب لتعلقه بالصالح العام لا يمكن حصره في مرافق الدولة

---

(٢٥) Per Herengren, parh of resistance the practice of civil disobedience, Revised edition, 2004, p.8.

فالعصيان يهدف إلى تغيير قرار أو قانون عن طريق الضغط على الحكومات، ولا يعتبر ذلك إضراباً عمالياً بالمعنى الصحيح.

(٢٦) د. محمود جمال الدين زكي، قانون العمل، مطبعة جامعة القاهرة - ١٩٨٣ - ص ٨٠٦.

(٢٧) يتبنى هذا الاتجاه جانب من الفقه الفرنسي منهم ليون دوجي، وجيز بونار كأحد أعلام الفقه الفرنسي المتبني لوجهة النظر التي ترى بمنع الإضرار في المرافق العامة الأساسية. انظر: د. محمود محمد حافظ، القرار الإداري (، دار النهضة العربية، ١٩٩٣)، م ١٥ وما بعدها.

الخاضعة للقانون الإداري، فصناعة النفط في دولة الكويت ترقى أهميتها إلى درجة كبيرة جداً تصبح معها هذه القطاعات على أهمية المرافق العامة الأساسية نفسها، فالأمر يتعلق بدخل الدولة وأمنها الاقتصادي، فهل يمكن بناء على هذا التحليل تبرير حظر الإضراب في قطاع النفط؟(٢٨)

في هذا الصدد لا يمكن الوقوف على تحديد قانوني واضح للمرفق العام الأساسي، خاصة مع خلو اتفاقيات منظمة العمل الدولية وتوصياتها من مثل هذا المصطلح، إلا أن هذا المصطلح وجد وبطريقة غير منتظمة في الدوريات التي تصدر عن منظمة العمل الدولية(٢٩)، وذلك بصدد منع الإضراب، فكانت تتم الإشارة إلى المرافق ذات الأهمية والأولوية أو المنفعة العمومية، وهو ما ينطبق على القطاع النفطي في دولة الكويت، ومما يؤيد وجهة النظر هذه ما ذهبت إليه لجنة الحريات النقابية بأن المرافق ذات الأولوية أو الأهمية أو المرافق الأساسية يكون تحديدها مرناً ومختلفاً حسب ظروف كل بلد على حدة، وما يعتبر في هذا البلد أولوية من عدمه(٣٠).

أما منظمة العمل الدولية فقد اعتمدت فقط على معيار الخطر(٣١) المحدق لتحديد المرافق الأساسية، وذلك بالنسبة للبلد المعني والمجتمع فيها، سواء تعلق الأمر بالأمن العام أو الصحة إلخ... مما يعتبر أمراً أساسياً لهذا البلد.

وجدير بالذكر أن التوسع في تحديد المرافق الأساسية في الدولة لا يقصرها على المرافق التي تهدد الأمن والسلامة وحياة الناس في مجتمع ما، بل يمتد الأمر

---

(٢٨) يرى جانب من الفقه أن الإضراب من قبل الموظفين خاصة في قطاع المرافق العامة ما هو إلا دليل على تغليب الموظف لمصلحته الشخصية على المصلحة العامة.
Jéze (Gaston), principesgénéraux de droit administratif, 1930, P. 336.
Hauriou (Maurice.), précis de droit administratif, et droit public, 2éd., 1927, P.16.
وهذه الفكرة قديمة ولم تعد تتماشى مع تطور الدولة والتزاماتها بضمان قدر معين من الحياة الكريمة، ويزداد الأمر حيرة إذا تعلق العمل بالقطاع الخاص وخضوع هذه العقود لحرية الإرادة، وأيضاً لتغير الظروف التي قد تمس بمصالح العمال الاقتصادية والاجتماعية.

(٢٩) FONTAINE Laurence Léa, Le service minimum- les services essentiels (appprochefrançaise et québéquoise), thése pour l'obtention de grade de docteuren droit, université des sciences sociales de Toulouse- université de Montréal, 2004, p 40.

(٣٠) FONTAINE Laurence Léa, Op.cit, p 40.

(٣١) د. محمد أحمد إسماعيل - مبدأ الحرية النقابية لمنظمات العمال - دار النهضة العربية - ١٩٨٢م - ص ٣٢٨.

ليشمل قطاعات أخرى ولو كانت خاصة طالما يعتبر توقفها مهدداً لأمن الدولة الاقتصادي(٣٢)، ومن هذا المنطلق يمكن القول إن من حق المشرع في دولة معينة أن يحظر الإضراب عن العمل في قطاعات معينة نظراً لأهميتها بالنسبة لمصالح الدولة، أما المشرع الكويتي فقد جعل الإضراب والتوقف عن العمل محظوراً في كل القطاعات وغير جائز، وهو ما يطرح تساؤلاً يدور حول الحل المتبع في الحالة التي لا يصل فيها طرفا النزاع إلى حل مرضي وخاصة العمال، لذلك نعتقد أن من الضروري التدخل التشريعي من قبل المشرع الكويتي لتقرير الحق في الإضراب وتنظيمه تشريعياً، مع تحديد القطاعات التي يمنع فيها الإضراب بناء على معايير محددة، وقد نص دستور الكويت في المادة (٢٢) على أنه ينظم القانون على أسس اقتصادية مع مراعاة قواعد العدالة الاجتماعية والعلاقة بين العمال وأصحاب العمل ...إلخ.

ونعتقد أن هذا النص الدستوري جعل الطريق ممهداً لوضع تنظيم قانوني يجيز الإضراب في التشريع الكويتي.

وفى هذا الصدد تحتذي دولة الكويت حذو الدول التي تقيد هذا الحق أو تقلل من فرص اللجوء إليه(٣٣)، وهنا كان ينبغي على المشرع الكويتي أن يقرر حق اللجوء إلى الإضراب المشروع بما لا يشكل خطراً على الإنتاج واستقرار علاقات العمل(٣٤)، فالأولى بالمشرع الكويتي وضع كافة الوسائل التي تجنب الوصول لمرحلة التوقف عن العمل والإضراب باعتباره وسيلة لها أثر سلبي، خصوصاً على القطاعات ذات الأثر المباشر على المصالح الوطنية العليا وما يتعلق بها من إشباع للحاجات العامة(٣٥) والتي على رأسها قطاع النفط في دولة الكويت.

---

(٣٢) للمزيد في هذا الاتجاه وعلى سبيل المثال انظر:
FONTANE Laurence Léa, Op.cit, p p 41 - 42

(٣٣) 2) BERNARD TEYSSIE: Droit du travail, relations collectives, de travail 2eme edition, imprimerie du sud, toulouse;2eme edition; France, 1992..p 415 419.

(٣٤) د. عوض علي حسن - الوجيز في شرح قانون العمل - المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ١٩٩٦م - ص ٦٢٨.

(٣٥) BERNAD TEYSSIE: Droit du travail, relations collectives,.op. cit, p.p. 540 et 542.

المبحث الرابع
مشروعية حق الإضراب في التشريعات المقارنة، وآلية ممارسته، والآثار المترتبة عليه

سوف نتناول من خلال هذا المبحث مشروعية الحق في الإضراب، وآلية ممارسته، والآثار المترتبة عليه. وعلى ذلك نقسم المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مشروعية حق الإضراب في التشريعات المقارنة

المطلب الثاني: آلية ممارسة عمال النفط في الكويت للحق في الإضراب

المطلب الثالث: الآثار المترتبة على ممارسة عمال النفط في الكويت للحق في الإضراب

المطلب الأول
مشروعية حق الإضراب في التشريعات المقارنة

الإضراب كحق اجتماعي واقتصادي تستدعيه ضرورة تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة لطرفي علاقة العمل، وما نتج عن سيطرة الأنظمة الرأسمالية من تفاوت طبقي وجب منح فئات العمال الحق في الإضراب كوسيلة لفض منازعات العمال الجماعية، على الرغم من خطورتها وما قد تؤدي إليه من فوضى أو عنف، إلا أنها تبقى وسيلة مشروعة وفق أغلب التشريعات العمالية في العالم سواء أكانت على النطاق الوطني لدولة ما أم على النطاق الإقليمي(٣٦) أو العالمي، مع الأخذ في الاعتبار أن الإضراب يتم حظره في بعض القطاعات لتعلقه بالمصالح العليا للدولة.

وعلى الصعيد العربي فقد نصت المادة ٣٥ من الميثاق العربي لحقوق الإنسان على أن تكفل كل دولة طرف الحق في الإضراب في الحدود التي ينص عليها التشريع النافذ.

كما قضت المادة ١١ من اتفاقية العمل العربية لسنة ١٩٧٧م حول الحريات

---

(٣٦) مثال ذلك ميثاق الحقوق الاجتماعية الأوروبي لعام ١٩٦١م،
European social charter, Adopted at Turin on 18 October 1961,(Entry into force 26 February 1965 in accordance with article 35), Human rights. Acompitation of international instruments volume ii, regional instruments, united nations, New York and Geneva 1997 pp.142-162.
والميثاق العربي لحقوق الإنسان واتفاقية منظمة العمل العربية ١٩٧٧م حول الحقوق والحريات النقابية.

والحقوق النقابية بأن للعمال حق الإضراب للدفاع عن مصالحهم الاقتصادية والاجتماعية بعد استنفاذ طرق التفاوض القانونية لتحقيق هذه المصالح.

ويلاحظ أن هذا النص أباح الإضراب بعد استنفاذ طرق الحل الودي بين الأطراف، على خلاف ما يقرره التشريع الكويتي حيث حظر التوقف عن العمل في كل الأحوال.

وفى مصر أصبح الإضراب مشروعاً في أغسطس ١٩٦٧م عندما وقعت مصر على الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية(٣٧).

أيضاً أصبح الإضراب مشروعاً في فرنسا بعد صدور دستور ١٩٤٦م(٣٨) باعتبار ذلك أحد صور التعبير عن الرأي، ثم صدر في ١٩٦٣م قانون ينظم ممارسة الإضراب، كما أصدر مجلس الدولة الفرنسي عدداً من الأحكام التي تنظم ممارسة الإضراب، ومن أشهر هذه الأحكام حكم Dehaene الصادر في ١٩٥٠م(٣٩). وفي الولايات المتحدة الأمريكية يكفل القانون الأمريكي حق الإضراب، حيث تم النص على ذلك في المادتين ٧ و١٣ من القانون الوطني للعلاقات العمالية لعام ١٩٣٥م(٤٠)، وكذلك التشريع الإيطالي، حيث تم الاعتراف بحق الإضراب صراحة، وبأنه حق دستوري في الدستور الإيطالي، حيث نصت المادة ٤٠ على أنه: "يجوز ممارسة حق الإضراب ضمن حدود القانون الذي ينظمه"(٤١).

ويلاحظ في أغلب التشريعات على النطاق الإقليمي والوطني أن الإضراب مشروع ما لم يتم استثناء طوائف معينة بنص تشريعي ولأسباب قوية تتعلق بالمصالح العليا للدولة.

وبالنسبة لعمال قطاع النفط كما سبق وأشرنا إلى ارتباط القطاع النفطي بدخل الدولة وبأمنها الاقتصادي، فيكون الإضراب في هذا القطاع له أثر مباشر على مصالح

---

(٣٧) تم التصديق على الاتفاقية من قبل رئيس الجمهورية في ١٩٨١/١٢/٨، ونشرت في الجريدة الرسمية في ١٩٨٢/٤/٨، وأصبحت نافذة في ١٩٨٢/٤/١٤م.

(٣٨) https://en.wikisource.org/wiki/French_Constitution_of_1946

(٣٩) C.E. ass. 7 juill. 1950, Dehaene, Rec. 426, S.1950.3.109, note J.D.V.; D. 1950.538, note Gervais; RD publ. 1950.691, concl. F. Gazier, note Waline, J.C.P. 1950. II.5681, concl.; Rev. Adm.1950.366, concl., note Liet-Veaux; Dr. Soc. 1950.317, concl.

(٤٠) https://www.nlrb.gov/how-we-work/national-labor-relations-act

(٤١) https://www.constituteproject.org/constitution/Italy_2012.pdf?lang=ar

الدولة العليا، وكما سنعرض له لاحقاً ينبغي وضع تنظيم قانوني محكم يتناسب وظروف دولة الكويت لتنظيم ممارسة هذا الحق.

المطلب الثاني
آلية ممارسة عمال النفط في الكويت للحق في الإضراب

التوقف عن العمل بسبب انتشار فيروس كورونا المستجد يجد أساسه القانوني في قرارات الدولة السيادية، وهذا الأمر لا يثير أي إشكال قانوني، بينما يكمن الإشكال الحقيقي في الحالة التي يتوقف فيها العامل عن العمل في قطاع له أهمية اقتصادية كبيرة في الدولة، بناء على تخوفه من الإصابة على الرغم من استثناء قرارات وقف العمل والحظر لهذا القطاع، وهنا تثار مشكلة أخرى بالنسبة لعمال القطاع النفطي في حالة التوقف، واعتبار هذا التوقف إجازة رسمية مع استمرار هذا القطاع في العمل نظراً لأهميته الكبيرة، فهل يستحق العامل الأجر المضاعف المنصوص عليه في المادة التاسعة من القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٦٩ في شأن العمل في قطاع الأعمال النفطية (١٩٦٩/٢٨) والتي نصت على أنه: "إذا استدعت ظروف العمل الإضافي تشغيل العامل في يوم إجازة رسمية استحق – فضلاً عن أجره العادي – أجراً إضافياً عن كل ساعة عمل يوازي مثلي أجره عنها".

ونعتقد في هذا الصدد بعدم انطباق هذا النص على حالة توقف العمل وحظر التجول في الدولة بسبب انتشار وباء كورونا، فالمشرع لم ينص على تعريف خاص للعطلة، وذلك على الرغم من الأهمية الكبيرة لوضع تعريف لهذه المصطلحات وكذلك قرارات وقف العمل، فالراحة من الناحية القانونية هي استرجاع العامل بعض قواه الجسدية والنفسية. أما العطلة وإن كان المشرع الكويتي قد استخدم هذا اللفظ إلا أننا نؤيد استخدام لفظ إجازة لكونه أدق، فالتعطل أو التعطيل في الغالب يشير إلى إبقاء العامل دون عمل.

ومن الناحية القانونية يستحق العامل الإجازة الرسمية بسبب وجود مبرر لها قد يكون حقه في الحصول على الراحة بعد التعب أو وجود مناسبة دينية أو ثقافية تتعلق بالمجتمع ككل، أما انتشار وباء معين فلا يمكن اعتبار وقف أو تخفيف العمل فيه عطلة رسمية بالمعنى الدقيق، ولا يترتب عليها استحقاق العامل أجراً إضافياً لهذا السبب وإن استحقه لسبب آخر، كما أن هذه الجوائح عامة لا تصيب العامل وحده وإنما تصيب العامل وصاحب العمل، وتعتبر ظرفاً استثنائياً لا يمكن تحميل طرف من أطراف العقد أكثر مما يطيق، وذلك من باب التعاون المجتمعي وتوزيع الأعباء بين أطراف الالتزام.

أما الإضراب فهو حق مشروع في أغلب الأنظمة العالمية، إلا أن دولة الكويت لها وضع تشريعي خاص في هذا الصدد، ولا يمكن الوقوف على رؤية واضحة بشأن ممارسة حق الإضراب في ظل عدم وجود نصوص صريحة تتناول تنظيم هذا الحق.

وبذلك يكون النظام القانوني لدولة الكويت يميل نحو الاتجاه الرافض لفكرة التوقف عن العمل والإضراب، ولعل ما يؤيد وجهة النظر هذه خلو التشريعات الكويتية من أي نص يبيح الإضراب أو ينظمه، وعلى الرغم من مصادقة الكويت على العهد الدولي للحقوق الاجتماعية والاقتصادية إلا أنها قد تحفظت على البند (د) من المادة الثامنة منه، ولا يعني ذلك أيضاً أن الإضراب مجرم في أنظمة الدولة[٤٢]، إنما محظور ولكن لا يعد جريمة بما لا يضر مصالح البلاد أو كان عملاً من أعمال العنف والتخريب، والتشريع الكويتي يخلو من نصوص صريحة تنظم ممارسة حق الإضراب، وبالنظر للتشريعات الكويتية يتضح عدم وجود أي نص يجرم الإضراب عن العمل، فيصبح في هذه الحالة من المباحات والتي يجوز ممارستها وفق إطارها المعتاد دون الخروج عن أهدافها أو تحولها لأعمال تخريبية.

ونعتقد أن المشرع الكويتي قد أشار إلى التوقف عن العمل بشكل ضمني، حيث لم تجز المادة ٤٦ من القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٠م إنهاء خدمات العمال بسبب النشاط النقابي أو المطالبة بحقوقهم المشروعة، ولم يحدد القانون وسيلة المطالبة والتي قد تكون في شكل الإضراب والذي خلصنا إلى أنه من المباحات، وأن كل ما في الأمر أنه غير منظم قانونياً في دولة الكويت، فيبقى مباحاً ويتم تنظيمه بما يحقق هدفه دون الإضرار بمصالح الدولة العليا مهما اختلف القطاع طالما لم يستثن بنص.

وهنا يثور التساؤل حول مدى تطبيق الحكم الوارد في الفقرة ٣٧/٤، أو المادة ٤٢، وغيرها من المواد التي تضمنت عقوبات تأديبية على العامل الذي يخل بالتزاماته العقدية أو يتغيب عن العمل لمدة معينة دون عذر.

في هذه الحالات ينبغي التوضيح أن العامل في هذه الفروض قد ارتكب مخالفة دون عذر، أما في حالة الإضراب فنكون بصدد مطالبة بحق مشروع بطريقة معينة

---

(٤٢) مثال ذلك ما كان منصوصاً عليه في قانون العقوبات المصري رقم ٣٧ لسنة ١٩٣٢م، وعلى الرغم من ذلك لم يمنع الإضراب في هذه الفترة خاصة بعد تدني الأوضاع الاقتصادية في أعقاب الحرب العالمية الثانية، ومن بعده القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٥١م.
د. محمد أنس قاسم جعفر، الموظف العام وممارسة العمل النقابي – دار النهضة العربية – القاهرة، ١٩٨٦م – ص ٩٩ وما بعدها.

وليس مخالفة يرتكبها العامل تستحق التأديب(٤٣)، ولا يمكن إنزال أي عقوبة على العامل في حالة الإضراب كما أنه مباح.

وبالنسبة لإضراب عمال قطاع النفط فالأصل من وجهة نظرنا، وإن لم يكن هناك تنظيم قانوني لممارسة هذا الحق على وجه الخصوص هو ضرورة إقراره، مع اعتباره وسيلة يتم اللجوء إليها من قبل العمال للدفاع عن حقوقهم المشروعة وحماية مصالحهم المادية والمهنية والاجتماعية، وهذا الحق معترف به في أغلب دساتير العالم، وكذلك الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، بشرط عدم الإضرار بمصالح الدولة العليا.

وقد ورد في القانون الأهلي لسنة ٢٠١٠م تنظيم لحل منازعات العمل الجماعية، في إشارة لمنازعات العمل الجماعية التي تنشأ بين واحد أو أكثر من أصحاب العمل وجميع عماله أو فريق منهم بسبب العمل أو بسبب شروط العمل.

ويلاحظ من هذا التعريف أن التشريع الكويتي كان واضحاً حيث قصر التعريف على منازعات العمل الجماعية بسبب العمل فقط أو بسبب شروطه دون التعرض لأي أسباب أخرى قد تكون محركة للإضراب، وهو ما نؤيده بحيث لا يدخل أي حراك آخر فيما يعتبر إضراباً، ومع ذلك نعتقد أن وضع التعريفات في العموم ليس مهمة المشرع وإنما هي مهمة أصيلة للفقه.

ثم نصت المادة ١٢٤ على أنه: "إذا نشأت منازعات جماعية فعلى طرفيها اللجوء إلى المفاوضة المباشرة بين صاحب العمل أو من يمثله وبين العمال أو من يمثلهم. وللوزارة المختصة إيفاد مندوب عنها لحضور هذا المفاوضات بصفة مراقب، وفي حالة الاتفاق في ما بينهم، فإنه يتعين تسجيل هذا الاتفاق لدى الوزارة المختصة خلال خمسة عشر يوماً وفقاً للقواعد التي تصدر بقرار من الوزير".

وبهذا يتضح أن المشرع الكويتي يلزم الطرفين باللجوء إلى التفاوض دون التصعيد حتى يصل كلا الطرفين لاتفاق بينهما، مع تدخل الوزير المختص حسب فئة المنازعين من العمال أو أصحاب العمل(٤٤).

---

(٤٣) Gillian Phillips, Empoloyment Law 2020, College of Law Publishing, 2020, part 5.5.2

(٤٤) ففي التشريع المصري تم تحديد طريقتين: تتمثل الأولى في المفاوضة المباشرة بين طرفي النزاع، أما الثانية فتتمثل في اللجوء إلى مندوب التوفيق أو مجلس التوفيق، للمزيد انظر: د. سيد محمود رمضان – الوسيط في شرح قانون العمل – دار الثقافة للنشر والتوزيع - مصر - ٢٠٠٦م - ص ٥١٠. أيضاً: د. مصطفى أحمد أبو عمرو، علاقة العمل الجماعية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ٢٠٠٥، ص ٣٠١.

كما وضع المشرع حلاً في حالة عدم وصول الطرفين لاتفاق ينهي النزاع وهو اللجوء إلى تسوية المنازعات ودياً عن طريق لجنة تشكل بقرار من الوزير المختص، وذلك بناء على طلب أصحاب العمل أو غالبية العمال طرف النزاع.

وجدير بالذكر أن ما يشير إليه المنظم من نزاع قائم بين الطرفين العمال وأصحاب العمل غير واضح أنه إضراب، إنما هو مجرد منازعة لا يلزم أن يصاحبها توقف عن العمل بقصد الضغط، وإنما قد يكون نزاعاً أثناء العمل، وهو ما لا يمكن القول معه أن ما يشير إليه المشرع في هذه المواد إضراب بالمعنى المعروف، وقد نصت المادة ١٣٢ صراحة على أن: "يحظر على طرفي المنازعة وقف العمل كلياً أو جزئياً أثناء إجراءات المفاوضة المباشرة، أو أمام لجنة التوفيق أو أمام هيئة التحكيم أو بسبب تدخل الوزارة المختصة..."

وهو ما يوضح بجلاء وجهة نظر المشرع الكويتي في تبني منع الإضراب والتوقف عن العمل، وتناوله بالتنظيم للمنازعات فقط والتي لا ترتقي إلى الإضراب، وهنا يثور التساؤل حول مدى فاعلية هذه الإجراءات في حالة الإضراب عن العمل ووقفه كلياً أو جزئياً، هل يتم حل الأمر بذات الإجراءات، وهو ما لم يوضحه المشرع الكويتي، كما أن الإضراب قد يكون في أحد القطاعات ذات الأهمية الكبرى اقتصادياً كعمال النفط، فما هو الحل المتبع في هذه الحالة؟

ونعتقد أن المشرع الكويتي لم يحالفه التوفيق في هذا الصدد، فترك فراغ تنظيمي لهذه المسألة يجعل الأمر أكثر تعقيداً من كونه ممنوعاً في كل الأحوال، فما هو الحل المتبع إن لم تنجح كل الوسائل المنصوص عليها في حل الأزمة بين العمال وأصحاب العمل خاصة في مؤسسات النفط، وهو ما يؤدي بدوره إلى إلحاق الضرر بمصالح الدولة العليا وأمنها الاقتصادي، نعتقد أنه من الضروري وضع تنظيم واضح لسير الإضراب، وعدم جعله ممنوعاً في كل الأحوال كما لو تم إباحته بإذن.

ومما سبق يتضح أن المشرع الكويتي يميل إلى حظر التوقف عن العمل، كما لا يجرم الإضراب عن العمل، ولا يضع آلية لممارسته، فنعتقد هنا من وجهة نظرنا بجواز الإضراب للمطالبة بحق مشروع في الإطار الذي لا يضر بمصالح الدولة الاقتصادية والأمنية، ومن ثم يجب على المشرع الكويتي أن يقر آلية الإضراب، وأن يضع لها من القيود ما يحقق مصلحة الدولة، وإمكانية تنظيمها بشكل يحقق مصالح جميع الأطراف.

كما نعتقد بعدم فاعلية ما تناوله القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٠م كوسائل لحل النزاعات العمالية الجماعية، فقد فشلت هذه الإجراءات في حل إضراب عمال القطاع

النفطي في دولة الكويت، كما أنها لا تشتمل على حلول لكافة فروض النزاعات والتى قد تصل إلى الإضراب.

المطلب الثالث

الآثار المترتبة على ممارسة عمال النفط في الكويت للحق في الإضراب

كما سبق وأشرنا أن التوقف عن العمل أو بسبب انتشار وباء كورونا المستجد لا يمكن اعتباره إجازة رسمية، ولا يستحق أي عامل يعمل في هذا الظرف قانوناً التعويض المستحق في الإجازات الرسمية، فالآثار القانونية التي رتبها الظرف الاستثنائي لا يمكن أن تكون سنداً قانونياً لاستحقاق العامل للأجر الإضافي، وإن كان يستحق تعويضاً آخر عن المخاطر التي يواجهها، ويقدر بقدر الخطر.

أما الآثار المترتبة على الإضراب في القطاعات النفطية فيتوقف أثرها على مدى اعتبار هذا الإضراب جائزاً من عدمه.

للإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول إن العمال في القطاعات ذات الأهمية الاقتصادية يعتبرون كأي عمال في قطاع آخر، تمسهم الظروف المالية والاجتماعية التي تمس عمال أي قطاع آخر، ولا يمكن حرمانهم من ممارسة حق مقرر لهم لأنهم يعملون في هذا القطاع أو ذاك، ما لم يكن هناك نص تشريعي يحظر الإضراب في هذا القطاع بمبرر مقبول، كما لو تعلق الأمر بالأمن والصحة والدفاع، ولا يعني ذلك أن باقي الأنشطة ليست على ذات الأهمية، بل نلاحظ أن منع الإضراب لم يحدد في قالب جامد بل ترك لكل نظام قانوني حرية تحديد ما يعتبر ضاراً بمصالح الدولة العليا ولو لم يكن كذلك في نظام قانوني آخر، وفي التشريع الكويتي كما أسلفنا نلاحظ أن المشرع منع الإضراب نهائياً في المادة ١٢٣ من القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٠م. أياً كانت طبيعة النشاط ووظيفة العمال، وبالنظر إلى خلفية إضراب عمال النفط في الكويت نلاحظ أن الإضراب حصل بعد انخفاض أسعار النفط في السوق العالمي، وقيام الدولة بتخفيض المزايا المالية للعمال، وتأثير هذا الإضراب بشكل واضح على الوضع الاقتصادي للدولة، وذلك في ظل عدم التوصل إلى حل، وهنا يتضح جلياً قصور التنظيم القانوني للإضراب في التشريع الكويتي، فلم يضع لنا حلاً في الحالة التي لا يمكن التوصل فيها لاتفاق بين أطراف المنازعة العمالية لحل النزاع، ويصبح الإضراب هو السبيل الأخير أمام العمال الذين لم تتحقق مطالبهم، ومن ثم يجدون أمامهم المنع التشريعي للتوقف عن العمل، وهو ما يعتبر إضراراً بمصالح العمال، في حين أن على الدولة التدخل من أجل حماية الأطراف الضعيفة في أي علاقة قانونية، وهو ما لم نجده في التشريع الكويتي بالشكل الكافي في هذا الصدد.

أيضاً لا يمكن إغفال مدى الأهمية الاقتصادية التي تحتلها القطاعات النفطية بالنسبة لدولة الكويت؛ مما يجعل حظر الإضراب في هذا القطاع مبرراً لتعلقه بمصالح الدولة العليا، وهنا نعتقد أن على المشرع أن يضع تنظيماً قانونياً لممارسة الإضراب بما يحقق مصلحة كل الأطراف.

فإن اعتبرنا أن الإضراب مشروع كحق من حقوق العمال فإن الآثار المترتبة عليه لا يمكن أن تكون مجرمة، ولا تعطي لصاحب العمل الحق في فصل العامل أو توقيع العقوبات عليه إذا كان هذا الإضراب مبرراً، كما لو كان بسبب ظروف العمل أو التغيرات الاقتصادية، فالأصل أن التدخل لإعادة التوازن العقدي مشروع، وباعتبار أن العامل هو الطرف الضعيف في هذا العقد كان لا بد من إيجاد وسائل تشريعية منظمة لحماية حقوقه، بداية من المطالبة وحتى الإضرابات المنظمة، فالأولى بالمشرع الكويتي أن يضع تنظيماً محكماً للإضراب، وذلك على غرار التشريعات الأخرى كالتشريع الإنجليزي[٤٥] أو المصري[٤٦].

ونعتقد أن الإضراب في التشريع الكويتي لابد أن يكون مقنناً، ويتم الإخطار عنه[٤٧] مسبقاً لعدم تعريض المصالح العامة والخاصة وأمن الدولة للخطر، والعمل على سد هذا الفراغ التشريعي بما يحقق الصالح العام.

---

(٤٥) Trade Union Act 2016.

(٤٦) المادة ١٩٢ من القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م والتى نصت على أن: "للعمال حق الإضراب السلمي، ويكون إعلانه وتنظيمه من خلال منظماتهم النقابية دفاعاً عن مصالحهم المهنية والاقتصادية والاجتماعية، وذلك في الحدود وطبقاً للضوابط والإجراءات المقررة في هذا القانون".
وفي حالة اعتزام عمال المنشأة ذات اللجنة النقابية الإضراب في الأحوال التي يجيزها هذا القانون، يجب على اللجنة النقابية - بعد موافقة مجلس إدارة النقابة العامة المعنية بأغلبية ثلثي عدد أعضائه - إخطار كل من صاحب العمل والجهة الإدارية المختصة قبل التاريخ المحدد للإضراب بعشرة أيام على الأقل، وذلك بكتاب مسجل بعلم الوصول، فإذا لم يكن بالمنشأة لجنة نقابية يكون الإخطار باعتزام العمال الإضراب للنقابة العامة المعنية، وعلى الأخيرة بعد موافقة مجلس إدارتها بالأغلبية المنصوص عليها في الفقرة السابقة القيام بالإخطار المشار إليه.
وفي جميع الأحوال يتعين أن يتضمن الإخطار الأسباب الدافعة للإضراب، والمدة الزمنية المحددة له.

(٤٧) محمد حسين منصور، قانون العمل، ماهية قانون العمل، عقد العمل الفردي، عقد العمل الجماعي، النقابات العمالية، المنازعات الجماعية، التسوية والوساطة والتحكيم، الإضراب والإغلاق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص٥٠٢.

الخاتمة:

تناول البحث حق الإضراب كحق مشروع للعمال في أغلب التشريعات على النطاق العالمي والإقليمي، إلا أن دولة الكويت تبنت اتجاهاً لا يمكن أن نطلق عليه اتجاهاً رافضاً للإضراب أو مجرماً له، كما أن التوقف عن العمل قد يكون بسبب خارج عن إرادة الطرفين أو بأوامر من الدولة ذات صفة سيادية بسبب انتشار الأوبئة كما هو الحال بالنسبة لانتشار فيروس كورونا، حيث يتوقف العمل بأسباب متعددة، وذلك على الرغم من كون الإضراب حقاً مشروعاً لكل عامل أن يطالب بحقوقه ويعبر عن ظروفه وفق القانون، كما أن الأوبئة تعتبر ظرفاً استثنائياً يوقف تنفيذ العقد، وهو ما لم نجد له تنظيماً كافياً في التشريع الكويتي، ومن خلال البحث توصلت لعدة نتائج وتوصيات أهمها ما يلي:

النتائج:

- إن المشرع الكويتي وإن كان قد جعل التوقف عن العمل محظوراً إلا أنه لم يجعله مجرماً.
- إن التشريع الكويتي يخلو تماماً من أي تنظيم للإضرابات العمالية على كافة الأصعدة.
- إن العقوبات التأديبية التي يقرها القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٠م عن العمال الذين يتوقفون على العمل لا يمكن تطبيقها على العمال المضربين عن العمل لاختلاف جوهر التوقف عن العمل وسببه.
- إن خلو التشريع الكويتي من مثل هذا التنظيم يعتبر إهداراً لحقوق العمال، ويسمح بتفاقم النزاعات العمالية في ظل غياب تنظيم تشريعي واضح للإضرابات.
- إن ما وضعه المشرع الكويتي من وسائل لحل النزاعات العمالية لا يكفي للقضاء على كل المنازعات، فلم يضع المشرع حلاً في الحالة التي تصل فيها كل الوسائل إلى مرحلة الفشل، ويصبح الإضراب محتوماً.
- خلا التشريع الكويتي من التنظيم القانوني لوقف العمل بناء على انتشار وباء أو وقوع كارثة معينة.

التوصيات:

- ينبغي على المشرع الكويتي وضع تنظيم قانوني للحالة التي يتم فيها وقف العمل بسبب خارج عن إرادة طرفي العقد كحالة انتشار وباء معين أو كارثة أو غير ذلك، حتى لا يكون هناك فراغ تشريعي في هذا الشأن.

- من الأحرى بالمشرع أن يحدد الطريقة التي يتم احتساب البدلات والأجور الإضافية في كافة الحالات التي يتم فيها العمل، مع الإشارة إلى الظروف الاستثنائية بكافة صورها.
- ينبغي على المشرع الكويتي أن يضع قانوناً شاملاً خاصاً بتنظيم الإضرابات العمالية، مع الأخذ بعين الاعتبار القطاعات ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة والمرافق الأساسية للدولة.
- نهيب بالمشرع الكويتي أن يعدل أحكام القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٠م بما يحقق مصالح العمال ويسمح لهم بالإضراب عن العمل للمطالبة بحق مشروع وفي إطار تنظيمي يحقق التوازن لكافة الأطراف.
- ينبغي على المشرع الكويتي أن يضع عدداً من الضوابط لتحقيق الموازنة بين مصالح الدولة والعمال في حالة الإضراب كاشتراط موافقة نقابية على سبيل المثال لتأكد من حقيقة المطالبات العمالية.
- لم ينظم التشريع الكويتي ممارسة الإضراب ولم يبحه صراحة، وفي الوقت نفسه لم يحدد المحاكم المختصة في حالة ممارسته أو الأحكام الخاصة بتجريمه، وهو ما يجعل الأمر أكثر ضبابية وفي حاجة ماسة للتنظيم التشريعي.
- نوصي بأن يكون التنظيم التشريعي للإضراب على قدر من التنظيم لا يسمح باستغلاله إلا بموافقة أغلب العمال في قطاع معين، وبعد موافقة النقابة الخاصة بهم وبعد إخطار الوزير المختص، فإن لم يتم حل النزاع يمكن وقتها اللجوء إلى الإضراب.

المراجع

الاتفاقيات والمواثيق الدولية:

- الميثاق العربي لحقوق الإنسان.
- اتفاقية منظمة العمل العربية لعام ١٩٧٧م حول الحقوق والحريات النقابية.
- ميثاق الحقوق الاجتماعية الأوروبي لعام ١٩٦١م.
- العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية لعام ١٩٦٦م.

التشريعات الوطنية:

- دستور الكويت لعام ١٩٦٢م.
- دستور فرنسا لعام ١٩٤٦م.
- الدستور الإيطالي لعام ١٩٤٧م.
- القانون الوطني الأمريكي للعلاقات العمالية لعام ١٩٣٥م.

المراجع العربية:

- د. سليمان محمد الطماوي – مبادئ القانون الإدراي – دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية – ٢٠٠٥م.
- محمد بكر حسين – الوسيط في القانون الإداري – دار الفكر العربي – الإسكندرية ٢٠٠٦م.
- د. محمود جمال الدين زكي، قانون العمل، مطبعة جامعة القاهرة – ١٩٨٣م.
- د. محمود محمد حافظ، القرار الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.
- د. سليمان مرقس – المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية.
- د. عوض علي حسن – الوجيز في شرح قانون العمل – المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية – ١٩٩٦م.
- د. سيد محمود رمضان – الوسيط في شرح قانون العمل – دار الثقافة للنشر والتوزيع – مصر – ٢٠٠٦م
- مصطفى أحمد أبو عمرو، علاقة العمل الجماعية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ٢٠٠٥م.
- د. محمد أنس قاسم جعفر، الموظف العام وممارسة العمل النقابي– دار النهضة العربية – القاهرة، ١٩٨٦م.

- د. محمد أبو السعود حبيب، الموظف العام وممارسة الحقوق والحريات السياسية – دار الثقافة الجامعية – القاهرة – ١٩٦٦م

المراجع الأجنبية:

- RIVERO Jean, SAVATIER Jean, Droit du travail, 13ème éd, PUF, Paris, 1993.
- Jean Rivero et Jean Savetier, "Droit du travail", Thémis, 5ed. Paris 1970.
- CRISTAU Antoine, Grève et contrats, Thèse pour l'obtention du grade de docteur, université Paris II, 1999, p 4.
- FONTAINE Laurence Léa, Le service minimum- les services essentiels (appprochefrançaise et québéquoise), thése pour l'obtention de grade de docteuren droit, université des sciencessociales de Toulouse- université de Montréal, 2004.
- Francis Rose, Blackstone's Statutes on Contract, Tort & Restitution, Oxford University Press, 30th Edition, 2019-2020.
- BERNARD TEYSSIE : Droit du travail, relations collectives, de travail 2eme edition, imprimerie du sud, toulouse ;2eme editionFrance, 1992.
- Gillian Phillips, Empoloyment Law 2020, College of Law Publishing, 2020
- -Per Herengren, parh of resistance the practice of civil disobedience, Revised edition, 2004.
- Schmidhuber, J andQiao, B,Comparing Crises: Great Lockdown versus Great Recession, food and Agriculture Organization of the United Nations, Rome, 2020.
- Jéze (Gaston), principesgénéraux de droit administratif, 1930.
- Food outlook, Blannual Report on Global Food Markets, Food and Agriculture Organization of the United Nations, Covid-19, June 2020.
- Hauriou (Maurice.), précis de droit administratif, et droit public, 2éd., 1927.

- Kier Bamford, Commercial and Intellectual Property Law and Practice 2020, College of law publishing, 2020.

المراجع الإلكترونية:

- https://hrc.gov.sa/arsa/ConventionsAndCharters/ChartersOfHumanRights/Pages/HumanRights.aspx
- www.coe.int
- www.eurofound.europa.eu
- https://www.mof.gov.kw/MofBudget/PDF/Minister-stat20-19.pdf

The legal framework for unorganized strikes and work stoppages due to epidemics in sectors of economic importance to the state ’’Application to oil sector workers in the State of Kuwait’’

Dr. Thafar Alhajri

The oil sector in the State of Kuwait is the mainstay of the country’s national income and the main foundation of its economic security. The personnel working in this sector are considered as the basis of production and the foundation of the commercial process in this field.

The research problem is underlined bythe lack of legal regulation for the practice of strike at work in Kuwaiti legislation, as well as the complete or partial suspension of work due to an emergency situation such as a pandemic of the spread of the coronavirus that prevents the exercise of business due to the personnel’s fear of infection, which represents a legislative problem that must be examined according to its organizational dimensions .

This research will address with the concept of strikes and suspending work in sectors of economic significance, and then review the sources of the right to strike and suspension of work due to epidemics in Kuwaiti legislation. This research will also discuss the right to strike and to discontinue work due to the spread of the novel coronavirus in the Kuwaiti legislation. Finally, it will address the legality of the right to strike in comparative legislations, the mechanism of its exercise, and its effects.

البيان الوصفي لجريمة نقل عدوى فيروس كوفيد-١٩ العمدي

الأستاذ/ عبد العزيز بدر غصّاب الزمانان
باحث قانوني
معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية

ملخص:

يوشك العالم أن يواجه نوعاً جديداً من أنواع الجرائم الخبيثة المتعلقة بنقل عدوى الأمراض المعدية بسبب انتشار فيروس كوفيد-١٩، وقد تدارك المشرع الكويتي غمار هذه الجريمة وأثرها على الحياة الاجتماعية والاقتصادية، فضرب بيد من حديد كل من تخول له نفسه المساس بأمن واستقرار البلاد من خلال تجريمه لفعل نقل العدوى عمداً، حيث استحدث المشرع نصاً جديداً في قانون الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية، مجرّماً بذلك فعل نقل العدوى للغير عمداً، ونظراً إلى حداثة التشريع الخاص بالاحتياطات الصحية والتي تعتبر ثاني جريمة نقل عدوى بعد تجريم المشرع جريمة نقل عدوى مرض الإيدز، وإلى عدم وجود سوابق قضائية في الكويت تتناول جريمة نقل العدوى مع شحة مصادر الفقه والقضاء العربي، أردنا بذلك أن نتناول في هذا البحث البيان الوصفي لجريمة نقل فيروس كوفيد-١٩ العمدي، حيث قمنا بتقسيم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث: الأول تم تخصيصه لنطاق التجريم والأساس القانوني له، شارحاً به كيفية بداية الفيروس ونشأته مع طرق الإصابة به، والوقاية منه بين الطب والشرع، والتنظيم التشريعي لجريمة نقل العدوى عمداً، أما الثاني فقد تناولنا فيه النطاق الموضوعي للتجريم شارحين أركان الجريمة المكونة بدءً من الشرط المفترض مروراً بالركن المادي ثم الركن المعنوي، أما الأخير فقد بيَّنا فيه النطاق الإجرائي والعقابي للتجريم، وشرعنا ببيان الأشخاص الذين تثبت لهم صفة الضبطية القضائية، مروراً بأدلة الإثبات المتعلقة بالجريمة ثم العقاب المترصد لمرتكبها، منتهين بالخاتمة المشتملة على أهم النتائج والتوصيات بعد أن علقنا في مجمل البحث على بعض المثالب التي وردت بين ثنايا القانون والإشكالية المتعلقة في الإثبات، مدعمين ذلك بالفرضيات التي تسهل فهم واستخلاص الجريمة.

المقدمة:

اللهم إنا نحمدك على ما علمت من البيان وألهمت من التبيان، كما نحمدك على ما أسبغت من العطاء وأسبلت من الغطاء، ونعوذ بك من شرة اللسن وفضول الهذر، كما نعوذ بك من معرة اللكن وفضوح الحصر، ونستوهب منك توفيقاً قائداً إلى الرشد، وقلباً متقلباً مع الحق، ولساناً متحلياً بالصدق، ونصلي ونسلم على من زهاه ربه روحاً وجسماً، رسولنا وحبيبنا وقرة أعيننا محمدٍ - صلى الله عليه وعلى آله - وصحبه ومن والاه إلى يوم الدين، أما بعد:

لا شك أن العالم أجمع يقبع في حرب دامية، أطرافها بنو البشر وعدو خفي لا يرى بالعين المجردة يعرف باسم "فيروس كورونا المستجد أو باسم كوفيد-١٩ Covid-19" الذي حصد الآلاف من الأرواح ورمّل العديد من الزوجات مخلفاً وراءه خسائر فادحة اشتملت المال والنفس، حيث انتشر هذا الفيروس كالنار في الهشيم منبثقاً من الصين هاتكاً حدود القارات وأسوار الدول وصولاً إلى وطننا الغالي الكويت، وقد تم تصنيفه كوباء عالمي "جائحة" نظراً لسرعة انتشاره وإلى عدد الإصابات اليومية منه.

إن هذا المرض الشرس لم تسلم من مخالبه أركان الدولة ومؤسساتها حيث اضطرت دولة الكويت في تاريخ ١١ مارس ٢٠٢٠ إلى تعطيل العمل في كافة المؤسسات الحكومية عدا القطاعات الحيوية الهامة - ابتداءً من ١٢ مارس إلى إشعار آخر، كما أعلن وزير الداخلية في تاريخ ٢٢ مارس ببدء حظر التجول من اليوم التالي للإعلان، مع معاقبة كل من يتسبب في خرق الحظر، وكل ذلك من أجل مجابهة الظروف الاستثنائية التي فرضت على البلاد من قبل الفيروس المستجد.

لقد كفل الدستور الكويتي العناية بالصحة العامة في المادة ١٥، كما أكد على صون الأمن وتحقيق الطمأنينة في المادة ٨، ومن أجل تأكيد الدولة على رؤيتها التي تستهدف الوقاية والعلاج من الأمراض والأوبئة فإنها سوف تشرع قوانين حتى تتلقف أيادي الدولة الجميع محققةً مبتغاها المتمثل في ترسيخ الرعاية بالصحة العامة، كما يجب عليها زجر كل جانٍ أثيم تخول له نفسه المساس بأمن واستقرار البلاد جرّاء عقوقه للقوانين في الظروف الاستثنائية، إلا أن الدولة لن تستطيع أن تحاكم أي شخص ما لم يصدر قانون يجرم الفعل ويحدد العقوبة المتربصة له، وهذا ما يعرف بمبدأ الشرعية المتعلق بالجريمة والعقوبة، وقد تبنى الدستور الكويتي هذا المبدأ في المادة ٣٢، كما أكد المشرع على هذا المبدأ في قانون الجزاء الكويتي بالمادة ١.

إن مبدأ الشرعية هو من أهم المبادئ التي تردع شريعة الغاب والذي يزهق في أورقته الباطل ويدمغ، وتصان في أكنافه الحرية والمساواة، حيث يحدد الأفعال المؤثمة والعقوبات المترتبة عليها، فقد نص المشرع في القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ وتعديله رقم ٤ لسنة ٢٠٢٠ بشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية على تحديد الجرائم التي تضمنها القانون، وتضمنت المادة ١٧ البند ٣ جريمة نقل عدوى الأمراض السارية عمداً.

ونظراً إلى حداثة جريمة نقل عدوى الأمراض السارية، ولأهمية هذه الحقبة في ظل الوباء المنتشر بسبب فيروس كوفيد-١٩، فإنه يستلزم دراسة جريمة نقل العدوى

عمداً والوصف القانوني لها مع التركيز في أحكامها على عدوى الفيروس المستجد لدرء المشكلات القانونية في مجال المساءلة الجزائية، ولأن هذا الحدث الاستثنائي يخّلد من يشارك فيه بأي شكل من الأشكال بالتاريخ، لذلك أردت أن أدون بأحرف قلمي دراستي المتواضعة وأقدمها إلى القارئ الكريم ليطوي عليها الدهر بعد حين مخلداً اسمي بين طياته جاعلاً من هذه الدراسة نبراساً يرشد طالب العلم إلى بيان الأوصاف التجريمية لنقل عدوى الأمراض السارية عمداً، والمنبثقة من رحمها جريمة نقل عدوى كوفيد-١٩.

صعوبات الدراسة التي واجهتها:

إن كتابة هذه الدراسة تنتابني من مدة، وجهدت عاكفاً إلى سن الخطة التي سأسير عليها في هذا البحث، إلا أن تعطيل الدوائر الحكومية جعل بيني وبين كتابة هذه الدراسة بحراً عاتياً لا أستطيع تجاوزه، ويرجع ذلك أولاً إلى عدم مقدرتي في الحصول على المراجع المتعلقة بمحل الدراسة مما يشكل لي هاجساً بأن تصاب الأسانيد القانونية بالركاكة، وذلك لأنني أردت أن أكون سبّاقاً في كتابة أول البحوث القانونية المتعلقة في الأوصاف التجريمية لهذا المرض، وثانياً عدم حصر طرق انتشاره حتى نستطيع تشخيص الحالة التجريمية المبنية على طرق انتقال العدوى عن طريق الشخص المصاب عمداً أم لا، إلا أنني أبيت أن يكون ذلك البحر مانعاً لبدء الكتابة فاستعنت بما أعانني الله عليه فضربت البحر بالقلم والقرطاس من المكتبة الشخصية الخاصة بوالدي، ومن الكتب والبحوث والأحكام الموجودة لتسطير هذه الدراسة وتقديمها إليكم.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة في حداثة جريمة نقل العدوى عمداً، وإلى حاجة المكتبة القانونية لمثل هذه الدراسة التي تبدو - من وجهة نظري - خالية من دراسات متعلقة بهذه الجريمة نظراً لحداثتها والتي أدرجت مؤخراً، عدا دراسات مررت بها عند كتابتي لهذا البحث لا تتعلق بذات المرض إنما بأمراض أخرى كالإيدز وجدت بقانون خاص، وقد ينتبه القارئ إلى خلو البحث من السوابق القضائية الكويتية المتعلقة بجريمة نقل عدوى الأمراض السارية عمداً أو أي مرض معدٍ آخر؛ نظراً لحداثتها، مما جعلني عاكفاً على نفسي في محراب العلم أكتب هذه الدراسة كي يسهل على العاملين في الحقل القانوني التعامل مع هذه الجريمة من خلال معرفة الأفعال التجريمية المكونة لها حتى نقف على نظام قانوني متكامل.

خطة البحث:

يقوم هذا البحث الموجز على المنهج التحليلي القائم على تحليل النص والكشف عما فيه من جوانب إيجابية وسلبية وفهمه بالصورة الصحيحة ثم الحكم عليه ببيان قيمته، والذي يتلخص في النهاية بالاستنتاج العلمي، لذلك رأينا أن نتم بحثنا المتواضع في ثلاثة مباحث وخاتمة فيها أبرز النتائج والتوصيات، وأخيراً صفحة المراجع ورسمها كما يلي:

المبحث الأول: نطاق التجريم والأساس القانوني له

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: ماهية الفيروس والإصابة به

المطلب الثاني: الوقاية من الفيروس

المطلب الثالث: التنظيم التشريعي لجريمة نقل العدوى عمداً

المبحث الثاني: النطاق الموضوعي للتجريم

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الشرط المفترض

المطلب الثاني: الركن المادي

المطلب الثالث: الركن المعنوي

المبحث الثالث: النطاق الإجرائي والعقابي للتجريم

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صفة الضبطية القضائية

المطلب الثاني: أدلة إثبات الجريمة

المطلب الثالث: العقاب

الخاتمة: وفيها أبرز النتائج والتوصيات

وأخيراً: صفحة المراجع

آملًا أن أوفق في تغطية البنيان القانوني السليم لهذا البحث، وأن يكون حجةً لي لا عليَّ، ولله الأمر من قبل ومن بعد، عليه توكلنا وإليه أنبنا وإليه المصير، والله ولي التوفيق.

المبحث الأول
نطاق التجريم والأساس القانوني له

حتى نتعرف على هذا الوباء الجديد فإنه يتعين علينا معرفة كيف بدأ هذا الوباء وماهيته، وتبيان طرق العدوى به (المطلب الأول)، كما يجب على الجماعة أن تحظى بوعي كافٍ عن أعراض هذا الوباء حتى يتسنى لها الوقاية من هذا المرض مبينين طرق الوقاية شرعاً وطباً (المطلب الثاني)، ثم نأتي إلى بيان التنظيم التشريعي لهذه الجريمة المستحدثة (المطلب الثالث).

المطلب الأول
ماهية الفيروس والإصابة به

إن فيروس كورونا المستجد والذي يعرف باسم كوفيد-١٩ Covid-19 يعتبر أخطر حدث في مجال الصحة العامة والذي يعتبر حديث الساعة، حيث خلّف هذا الفيروس وباءً شالاً للحياة البشرية في العالم أجمع، ويرجع سبب ذلك إلى خطورته وسرعة تفشيه من جهة، وإلى عدم وجود علاج مثبت علمياً يردعه ويقضي عليه على الرغم من كل الجهود المبذولة لمكافحة هذا الفيروس من جهة أخرى، حيث استنزفت السلطات الصحية جل طاقتها إلى أن خارت قِواها في بعض البلدان كإيطاليا وغيرها من الدول، ونظراً للآثار الجمّة التي يخلفها هذا الفيروس أدى ذلك إلى خروج العديد من الشخصيات في مختلف أنحاء العالم للتصريح بشأن هذا الفيروس، فقد صرح وزير الصحة الكويتي د. باسل الصباح على تلفزيون دولة الكويت الرسمي بأن انتشار فيروس كورونا العالمي لم نشهد مثله من قبل، مما جعله يستحلف المواطنين والمقيمين القرار في البيوت(١)، كما خرج رئيس وزراء المملكة المتحدة السّيد بوريس جونسون Boris Johnson في مؤتمر صحفي مصرحاً بأن الكثير من العائلات سوف تفقد أحبّاءها بسبب هذا المرض(٢).

وهذا إن دل إنما يدل على جسامة هذا الوباء وخطورته، ولنا في أعداد الوفيات

---

(١) تصريح وزير الصحة الكويتي المنشور في حساب وزارة الإعلام الكويتية على برنامج التواصل الاجتماعي تويتر بتاريخ ٢٠٢٠/٣/١٣ بعنوان "#وزير-الصحة: استحلفكم بالله البقاء في منازلكم".

(٢) Boris Johnson: "More families will lose loved ones before their time",, on 12 March 2020. أخذت من الموقع www.who.it بتاريخ ٢٠٢٠/٤/١٣.

المتصاعدة خير مثال على تفاقم هذه الأزمة وتعاظمها، مما يبزر في النفس تساؤلاً يسكنها عن بداية هذا الوباء وانتشاره؟

لقد ظهر هذا الوباء لأول مرة في تاريخ ١٢ ديسمبر من العام ٢٠١٩ في سوق سمك شعبي بمحافظة هوبي بمدنية ووهان في جمهورية الصين الشعبية(٣)، حيث وقعت عدة حالات جرّاء تفشي وباء فيروس كورونا المستجد والذي حيّر العديد من الأطباء، ذلك أن فيروس كورونا هو من فصيلة فيروسات كورونا الكبيرة Coronaviruses التي ينتج عنها حالات عدوى للجهاز التنفسي المسببة مؤخراً مرض كوفيد-١٩ Covid-19، حيث انتشر عن طريق المطارات بواسطة الأشخاص المصابين العائدين إلى بلادهم أو المسافرين إلى جهات معينة، ولما كانت السيطرة على أخطار هذا الفيروس ومكافحته تشكل مسؤولية كبرى تقع على عاتق الجميع، فإنه يجب تبيان أعراض هذا المرض وطرق الإصابة به لمعرفة وفهم كل ما يتعلق بالوقاية منه، أما فيما يتعلق بالأعراض فإنها عديدة تتمثل الأكثر شيوعاً فيها بالحمى والإرهاق والسعال الجاف، وقد يعاني بعض المرضى من الآلام والأوجاع أو احتقان في الأنف أو ألم الحلق أو الرشح أو الإسهال، وقد يصاب بعض الأشخاص دون أن تظهر عليهم علامات المرض(٤).

ولكي يتعرف المرء على أي وباء من الأوبئة فإنه يستلزم بالضرورة الأولى معرفة كيفية انتشار هذا الوباء حتى يضع الخطط والحلول المساعدة له على فهم طبيعة الوباء وطريقة انتشاره تحت المجهر، ومن ثم يستنتج طرق الحد من الانتشار، ونظراً إلى طبيعة هذه الدراسة القانونية فإننا سوف نشير بإيجاز غير مخل إلى الفيروس بشكل عام، بحيث إذا رغب المرء في التمعن بموضوع هذا الفيروس عن كثب فإن مراجع أهل الاختصاص الطبي هي أفضل وأحدث من هذا المبحث في الجريمة، والهدف من الإشارة إلى هذا الفيروس لإعطاء لمحة للقارئ الكريم، وبالرجوع إلى موضوع انتشار هذا الفيروس الجديد فإنه ينتشر بواسطة الطرق الآتية(٥):

---

(٣) Article, Wuhan Jinyintan Hospital, A Pneumonia outbreak associated with a new cotonavirus of probable bat origin, vol 579, p270, 12 march 2020, pulished online 3 february 2020,.www.Nature.com أخذت من الموقع بتاريخ ٢٠/٣/٢٠٢٠.

(٤) World Health Organization, Coronvirus disease (COVID-19) Panademic, Your questions answered,. www.who.it أخذت من الموقع بتاريخ ٢٢/٣/٢٠٢٠.

(٥) World Health Organization, Coronvirus disease (COVID-19) Panademic, Your questions answered,. www.who.it أخذت من الموقع بتاريخ ٢٢/٣/٢٠٢٠.

أولاً: مخالطة الأشخاص المصابين بالفيروس.

ثانياً: عن طريق القطيرات الصغيرة المتناثرة من أنف أو فم الشخص المصاب عند العطس أو السعال.

ثالثاً: عن طريق لمس الشخص لعينه أو أنفه أو فمه بعد ملامسة الأسطح أو الأشياء التي سقطت عليها القطيرات المتناثرة من أنف أو فم الشخص المصاب عند العطس أو السعال، لأنهما قد تنقلان الفيروس إلى الجسم عبر هذه المنافذ.

رابعاً: تنفس القطيرات التي تخرج من الشخص المصاب بالمرض مع سعاله أو زفيره.

وهذا ما يفسر لنا سبب تشديد منظمة الصحة العالمية على أهمية الابتعاد عن الشخص المريض المصاب بالفيروس بمسافة تزيد على متر واحد، كما أن هذه المنظمة أجابت عن تساؤل مهم جداً بشأن طرق انتشار الفيروس، حيث إن الدراسات التي أجريت إلى يومنا هذا – ٢٠٢٠/٣/٢٢ وهو وقت أخذ الإجابة من الموقع – تفيد بأنه ينتقل عن طريق الطرق الأربعة سالفة البيان(٦)، ولا نعلم مدى قابلية انتقاله عن طريق دم المريض المصاب به أو أي طريقة أخرى لم يتم اكتشافها بعد.

وإنه في حقيقة الأمر، فإن هذه المسألة تعتبر من المسائل ذات الشأن الطبي المتعلقة بمرض مستجد لا فقه لنا فيه، ولا يسمح تخصصنا بالإفتاء عنه، لذلك فإني قد قمت بتوكيل الغد لكي يميط اللثام عن أغوار هذا الفيروس، حتى يتبين نبأ ذلك للقارئ الكريم في المستقبل.

وما يهمنا في دراستنا المتواضعة هي طرق الانتشار اليقينية الجازمة التي تقطع الشك وتدل أصابع الاتهام إلى الشخص ناقل العدوى حتى نستطيع أن نقف على قصده جرّاء هذا الفعل ليتسنى لنا إسباغ الوصف القانوني السليم على النشاط المرتكب، حيث إن – وكما هو معلوم – الأحكام الجزائية تبنى على الجزم واليقين(٧) لا على الظن والتخمين، لذلك ينبغي تسليط الضوء على طرق انتقال الفيروس حتى نستطيع تحديد النشاط المادي الناقل للعدوى، مع الإشارة إلى وجود مسألة غير محكمة بالنسبة للإثبات، وسوف نبين ذلك بالمبحث الثالث من هذه الدراسة.

---

(٦) World Health Organization, Coronvirus disease (COVID-19) Panademic, Your questions answered,. أخذت من الموقع www.who.it بتاريخ ٢٠٢٠/٣/٢٢.

(٧) د. فاضل نصر الله ود. أحمد حبيب السماك، شرح قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي، الطبعة الرابعة ٢٠١٥م، ص ٦٢٦، جامعة الكويت كلية الحقوق.

وبعد أن شرحنا عن الوباء بإيجاز - آملين بأن لا يكون مخل - عن طرق انتشاره، فإنه يستلزم الولوج إلى كيفية الوقاية منه.

المطلب الثاني
الوقاية من الفيروس

إن الأفراد الذين يعيشون على إقليم معين يشكلون اللبنة للمجتمع، حيث إن المجتمع يتكون من مجموعة من الأفراد تجمعهم روابط ومصالح مشتركة وعادات وتقاليد وقوانين واحدة تنظمهم ولا تفرق بينهم، وإن المجتمع ككل هو أساس ديمومة الدولة، حيث تقوم الجماعة بتشغيل مؤسسات الدولة والعمل على استمراريتها للمحافظة على كيان الدولة والمجتمع معاً، ولكي نحافظ على المجتمع ونضمن استقراره فلا بد من الاعتصام بالتعليمات الطبية والتعاليم الإسلامية نظراً لأهميتها الفادحة في مواجهة هذا الوباء، ولقد تعجبت أي العجب عندما قرأت نشرات منظمة الصحة العالمية سالفة البيان والأحاديث النبوية والآيات القرآنية المتعلقة بهذا الشأن، وكأنما استوحيت هذه النشرات من لب الشريعة الإسلامية، حيث تجلى دور الشريعة الإسلامية في وقاية الفرد والمجتمع من الآثار التي تضر بالنفس البشرية في عدة مواطن، وسوف نورد المقارنة بين الإجراءات الطبية المتبعة للوقاية من فيروس كورونا المستجد(٨) والإجراءات التي فرضتها الشريعة الإسلامية، وتكمن المقارنة بالآتي:

أولاً - المحافظة على النظافة:

لقد اشترطت منظمة الصحة العالمية المحافظة على نظافة اليدين جيداً بانتظام(٩)، مع تجنب الشخص لمس عينيه أو أنفه أو فمه دون أن تكون يداه نظيفتين، لأن تنظيف اليدين من شأنه أن يقتل الفيروسات التي قد تكون على اليد بسبب لمس اليدين العديد من الأسطح التي يمكنها أن تلتقط الفيروسات من عليها، وبالنظر إلى الشريعة الإسلامية، فقد أناة الله في كتابه: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلتَّوَّٰبِينَ وَيُحِبُّ ٱلْمُتَطَهِّرِينَ﴾(١٠)، كما قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: (الطهور شطر الإيمان)(١١).

---

(٨) World Health Organization, Coronvirus disease (COVID-19) Panademic, Your questions answered,. أخذت من الموقع www.who.it بتاريخ ٢٠٢٠/٣/٢٢.

(٩) World Health Organization, Coronvirus disease (COVID-19) Panademic, Your questions answered,. أخذت من الموقع بتاريخ ٢٠٢٠/٣/٢٢.

(١٠) القرآن الكريم، سورة البقرة، الآية ٢٢٢.

(١١) أخرجه الترمذي (٣٥١٧).

ووجه الدلالة من الآية والحديث: الحث على التطهر والنظافة لأنها ترفع الحدث وتزيل الخبث، ومعنى الطهارة شطر الإيمان أي أن الطهارة تكون نصف الإيمان، والطهور لا يكون إلا للصلاة التي يتوضأ لها المسلم خمس مرات، ولا شك أن الطهارة معنى كلي شامل جامع للنظافة، مثلُها مثل الدستور الشامل الجامع للقوانين وغيرها في الهرم التشريعي، وهنا تتجلى عظمة الشريعة الإسلامية بالحث على الحفاظ على الطهارة سواء أكانت طاهرة المكان أم الملبس أم الجسم.

ثانياً – تغطية الفم أو الأنف عند السعال أو العطاس:

شددت منظمة الصحة العالمية على وجوب تغطية الفم أو الأنف عند السعال أو العطس مع الاحتفاظ بمسافة متر واحد بين من يسعل أو يعطس والآخر(١٢)، والعلة في ذلك أنه عندما يسعل الشخص أو يعطس فإن هنالك قطيرات سائلة صغيرة تتناثر من فمه قد تحتوي على الفيروس، فإذا كان الشخص شديد الاقتراب منه يمكن أن يتنفسها مما يسبب له المرض المستجد، أما بشأن التغطية فقد روي عن أبي هريرة –رضي الله عنه – أنه قال: (كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إذا عطس وضع يده، أو ثوبه على فيه، وخفض، أو غض بها صوته)(١٣).

والحكمة من ذلك لئلا يخرج من فم العاطس أو أنفه بصاق أو غيره مما يؤذي جليسه، وهنا تظهر أسمى الآداب التي يجب على المسلم مراعاتها لحفظ نفسه ووقاية غيره، وبالتالي نستنتج أن تغطية الفم كان من هدي رسولنا عليه أفضل الصلاة وأتم التسليم.

ثالثاً – العزل الصحي أو الحجر الصحي:

أكدت منظمة الصحة العالمية على ضرورة لزوم المنزل عند الشعور بأعراض المرض كالحمى والسعال والصعوبة بالتنفس حتى يتعافى الشخص تماماً(١٤)، وذلك لمنع انتشار الفيروسات وانتقال العدوى حماية لنفسه والآخرين من المرض، إذ إن تجنب مخالطة الآخرين سيضمن سير المرافق الطبية بطريقة منتظمة ومستمرة بحيث

---

(١٢) World Health Organization, Coronvirus disease (COVID-19) Panademic, Your questions answered,. أخذت من الموقع www.who.it بتاريخ ٢٢/٣/٢٠٢٠.

(١٣) أخرجه أبو داود في سننه، الجزء الرابع، كتاب الأدب، باب العطاس، ص ٣٠٧، دار إحياء السنة النبوية.

(١٤) World Health Organization, Coronvirus disease (COVID-19) Panademic, Your questions answered,. أخذت من الموقع www.who.it بتاريخ ٢٢/٣/٢٠٢٠.

لا ترهق بأكثر من طاقتها الاستيعابية، وقد وردت حادثة طاعون عمواس Plague of Amwas والتي لها أثر في التاريخ الإسلامي، حيث كان الخليفة الراشد الفاروق عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- في السنة ١٨ من الهجرة متجهاً إلى بلاد الشام، وكانت الشام قد تمكن منها الطاعون، فلما جاء سرغ(١٥) بَلَغَهُ أن الوباء - أي الطاعون - قد وقع بالشام، فأخبره عبد الرحمن بن عوف - رضي الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم- قال: (إذا سمعتم به - أي الطاعون - بأرض فلا تقدموا عليه، وإذا وقع بأرض وأنتم بها، فلا تخرجوا فراراً منه)(١٦).

ومؤدى هذه الحادثة في التاريخ الإسلامي هو تجسيد للعزل أو الحجر الصحي، حيث أوصانا عليه أفضل الصلاة وأتم التسليم بوصيتين، الأولى هي عدم الإقدام والولوج إلى أرض يكون الوباء عليها، ويمكن ربط هذه القيمة المستفادة من الوصية الأولى بحديث آخر للرسول - صلى الله عليه وسلم - الذي قال فيه: (فر من المجذوم كفرارك من الأسد)(١٧)، ودلالة هذا الحديث الظاهرة أن مرض الجذام معدٍ؛ لذلك فلا ينبغي مجالسة الشخص المصاب بمرض معدٍ، ويجب تجنبه والابتعاد عنه توقياً للعدوى منه، أما الوصية الثانية فهي إذا وقع الوباء بأرض وكنا عليها فلا نخرج منها تحقيقاً لغاية الحفاظ على المجتمع وعدم نشر الوباء، وأيضاً يمكن ربط هذه القيمة المستفادة من الوصية الثانية بحديث آخر للرسول - صلى الله عليه وسلم - قال فيه: (لا يورد مُمْرِضٌ على مصح)(١٨)، أي لا يجب على المريض مخالطة الناس الأصحاء درءاً لنشر المرض.

ولهذا أناة الله في كتابه: ﴿وَلَا تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾(١٩)، وقد جاء في تفسير هذه الآية عدم الاستسلام لأسباب الهلاك، بل على المرء أن يدبر لنفسه أسباب النجاة من التهلكة(٢٠).

---

(١٥) سرغ منطقة في الأردن على شمال الحدود السعودية وتعرف باسم المدورة. أخذ من موقع Alsahra.org بتاريخ ٢٣/٤/٢٠٢٠.

(١٦) الإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، رياض الصالحين، باب كراهة الخروج من بلد وقع فيها البلاء، الطبعة الخامسة ١٤٠٣هـ ١٩٨٣م، ص ٤٩٨، مؤسسة الرسالة.

(١٧) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطب، باب الجذام ١٢٦/٧ رقم ٥٧٠٧.

(١٨) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطب، باب لا هامة ١٣٨/٧ رقم ٥٧٧١.

(١٩) القرآن الكريم، سورة البقرة، الآية ١٩٥.

(٢٠) د. محمد سليمان عبد الله الأشقر، زبدة التفسير من فتح القدير، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨، ص ٣٨، دولة الكويت وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.

وتكمن أسباب النجاة من التهلكة في الابتعاد عن المناطق الموبوءة ومخالطة المصابين واتخاذ الاحتياطات اللازمة المتبعة من قبل الجهات المعنية حتى ينجو المرء من هذا الوباء بإذن الله.

فهنا تتجسد المبادئ التي قررتها الشريعة الإسلامية بشأن الحفاظ على النفس البشرية، وبضرورة الالتزام بالحجر الصحي المقرر قبل ١٤٠٠ سنة.

المطلب الثالث
التنظيم التشريعي لجريمة نقل العدوى عمداً

لقد نص الدستور الكويتي على واجب يقع على عاتق الدولة وهو العناية بالصحة العامة، واتخاذ الوسائل اللازمة للوقاية والعلاج من الأمراض والأوبئة[٢١]، والمتتبع للتطور التدريجي للتشريعات الكويتية يجد أن المشرع اهتم بالصحة العامة والعناية بها منذ بزوغ فجر التاريخ على هذه الدولة وقبل صدور الدستور الكويتي، ومن صور حماية الصحة العامة والعناية بها قيام المشرع بسن القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٦٠ بشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية الذي كان معمولاً به[٢٢]، كما اهتم المشرع بحماية الصحة العامة في الدولة من الأمراض والأوبئة الخارجية والتي يتم استيرادها من قبل الأشخاص القادمين من الخارج، حيث صدر المرسوم الأميري رقم ٣٣ لسنة ١٩٦٠ بقانون إجراءات الرقابة الصحية على الأشخاص القادمين إلى الكويت من جهات موبوءة ببعض الأمراض المعدية[٢٣].

وترجع رغبة المشرع في إصدار القانون الجديد المتعلق بالاحتياطات الصحية

---

(٢١) المذكرة الإيضاحية لقانون الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية، العدد ٧٢٢، السنة الخامسة عشرة، ص٣، كويت اليوم، جريدة الكويت الرسمية الصادرة عن وزارة الإعلام.

(٢٢) المذكرة الإيضاحية لقانون الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية، مرجع سابق، ص ٣.

(٢٣) انظر كذلك إلى قوانين متعلقة بالحفاظ على الصحة العامة من الأمراض والأوبئة:
- القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن الإجراءات الوقائية من أمراض الحيوانات المعدية.
- القانون رقم ٩ لسنة ١٩٦٩ بشأن حيازة الكلاب والإجراءات الوقائية من مرض الكلب.
- مرسوم أميري رقم ٤ لسنة ١٩٦٠ بقانون إجراءات الرقابة الصحية على الحجاج العائدين إلى الكويت.
- مرسوم بقانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٩٢ بشأن الوقاية من مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب (الأيدز).

للوقاية من الأمراض السارية إلى تلافي التناقض الذي كانت تحمله نصوص القانون القديم بين طياتها عندما عُمِلَ به، كذلك لِما كانت تكتنف نصوصه من غموض يؤدي إلى اللبس عند العاملين به[٢٤].

لقد صدر القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية في يوم الإثنين ٢٠ محرم ١٣٨٩هـ الموافق ٧ أبريل ١٩٦٩ متضمناً أحكاماً أكثر وضوحاً تسد المثالب التي كان يتميز بها في نظيره السابق، ولما كان القانون الوضعي من صنع البشر فإنه يتحتم أن تشتمل أحكامه على أمور سها عنها المشرع عند وضعها أو اشتمالها على مثلبٍ ما، وهذا ما حدث حقاً مع القانون المعمول به، إذ إن القانون من وقت صدوره في سنة ١٩٦٩ إلى رهطٍ قريب من سنة ٢٠٢٠ لم تكن تتضمن أحكامه جريمة نقل العدوى عمداً باستثناء ما ورد منها في قانون خاص آخر غير قانون الاحتياطات الصحية كالمرسوم بقانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٩٢ بشأن الوقاية من مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب، والمعروف باسم Aqaired Immune Deficience Syndrome واختصاره الأيدز Aids[٢٥]، حيث جاءت المادة ١٥ الفقرة ٢ من القانون الأخير وتضمنت جريمة نقل العدوى ونصت على أن: (ويعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سبع سنوات وبغرامة لا تجاوز سبعة آلاف دينار كل من علم أنه مصاب بفيروس الأيدز وتسبب بسوء قصد في نقل العدوى إلى شخص آخر).

ومن هذا المنطلق، استشعر المشرع الكويتي الفراغ التشريعي الذي يعيشه قانون الاحتياطات الصحية، مما حدا به إلى إجراء تعديل تشريعي متمثل في القانون رقم ٤ لسنة ٢٠٢٠ بتعديل المادة ١٧ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية[٢٦]، حيث نصت المادة ١٧ المعدلة على أن:

(١ - كل مخالفة لأحكام هذا القانون أو للقرارات المنفذة له، يعاقب مرتكبها بالحبس مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر وبغرامة لا تزيد على خمسة آلاف دينار، أو بإحدى

(٢٤) المذكرة الإيضاحية لقانون الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية، مرجع سابق، ص ٣.

(٢٥) د. ممدوح خليل البحر، المسؤولية القانونية عن نقل فيروس الإيدز، المجلد ١٤، العدد ٢٧، ص ١٤٦، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب.

(٢٦) كويت اليوم، ملحق ٤ للعدد ١٤٨٨، السنة السادسة والستون، الأحد ٥ شعبان ١٤٤١هـ - ٢٠٢٠/٣/٢٩م، ص ٣، جريدة الكويت الرسمية الصادرة عن وزارة الإعلام.

هاتين العقوبتين. ٢ – كل مخالفة للقرارات أو التدابير المنوه عنها في المادة ١٥ من هذا القانون، يعاقب مرتكبها بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تزيد على عشرة آلاف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين. ٣ – كل من علم أنه مصاب بأحد الأمراض السارية وتسبب عمداً في نقل العدوى إلى شخص آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز عشر سنوات وبغرامة لا تزيد على ثلاثين ألف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين).

والملاحظ أن المشرع قد شدد عقوبة الحبس في البند (١) حيث كان الحبس مدة لا تتجاوز شهراً فأصبحت مدة الحبس لا تتجاوز ثلاثة أشهر، كما شدد عقوبة الغرامة حيث كانت لا تزيد عن خمسين ديناراً فأصبحت لا تزيد على خمسة آلاف دينار، كذلك شدد المشرع عقوبة الحبس في البند (٢) حيث كان الحبس مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر فأصبحت مدة الحبس لا تجاوز ستة أشهر، وشدد الغرامة أيضاً حيث كانت لا تقل عن خمسين ديناراً ولا تتجاوز مائتي دينار فأصبحت لا تزيد على عشرة آلاف دينار، كما استحدث المشرع بنداً جديداً وهو البند (٣)، حيث إن المادة ١٧ لم تكن تعرف شيئاً عن جريمة نقل العدوى عمداً – التي هي محل البحث –.

المبحث الثاني
النطاق الموضوعي للتجريم

بادئ ذي بدء تعتبر جريمة نقل العدوى عمداً من الجرائم البشعة التي تقشعر منها الأبدان وترفضها جميع الشرائع السماوية، كما ترفضها مبادئ المروءة والأخلاق، إذ إنها من الجرائم الخبيثة والتي يمكننا أن نشبهها بجريمة القتل بواسطة الجواهر - أي السم - حيث إن مرتبكي الجريمتين يتصفون بجانب من الجبن والخسة[٢٧]، والسبب في ذلك أنهم عندما يتركبون تلك الجريمتان فإن تنفيذهم للنشاط المكون للجريمة يتم بسهولة[٢٨]، إذ إن الجاني عند ارتكابه لجريمة القتل العمد بواسطة السم أو نقل العدوى عمداً لا يجد مقاومة من المجني عليه بسبب عدم علمه أنه يتعرض لاعتداء خفي ملموس.

مما لا شك فيه أن للجريمة أركاناً عامة، مضاف إليها أركان خاصة مفترضة يقوم على أساسها البيان القانوني للجريمة[٢٩]، أما بشأن الأركان العامة للجريمة فقد انقسم الفقه الجنائي في تحديدها لعدة آراء، فمنهم من يرى أن أركان الجريمة تنقسم إلى ثلاثة أركان[٣٠]، الركن الشرعي وهو النص القانوني المحدد الذي يجرم الأعمال سواء أكانت أفعالاً أم امتناعاً ويقرر عقوبة لكل منها[٣١]، والركن المادي للجريمة والركن المعنوي.

ومع ذلك، فإن أغلب الفقه الجنائي يرى أن الجريمة تنقسم إلى ركنين هما الركن المادي والركن المعنوي، أما ما يسمى بالركن الشرعي فهو النص الذي يخلق الجريمة،

---

(٢٧) د. فيصل عبد الله الكندري و أ. د. غنام محمد غنام، شرح قانون الجزاء الكويتي القسم الخاص، الطبعة الرابعة ٢٠١٤-٢٠١٥، ص٢٣٩، دولة الكويت، من دون دار نشر.

(٢٨) اللجنة العلمية، جرائم الاعتداء على النفس، ٢٠١٨-٢٠١٩، ص ١٥، وزارة العدل، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية.

(٢٩) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، الطبعة السابعة ٢٠١٢، ص ٥٢، دار النهضة العربية.

(٣٠) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ٥٢.
كذلك: د. عبد الوهاب حومد، شرح قانون الجزاء الكويتي، القسم العام، ص ٥٣، جامعة الكويت.

(٣١) د. فاضل نصر الله، شرح القواعد العامة لقانون الجزاء الكويتي، الجزء الأول الجريمة، ١٩٩٦-١٩٩٧، ص ١٥٩، مؤسسة دار الكتب، الكويت. مشار إليه في:
اللجنة العلمية، أركان الجريمة والشروع فيها، ٢٠١٨-٢٠١٩، ص ٨، وزارة العدل، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية.

ويرى عدم معقولية أن يكون النص الذي خلقها ركناً فيها[٣٢]، أما ما يتعلق بالأركان الخاصة للجريمة فمن الفقه من يراها أركاناً خاصاً في الجريمة ويطلق عليها لفظ الأركان الخاصة المفترضة للجريمة[٣٣]، ومنهم من يصنفها على أنها ليست أركاناً خاصة بالجريمة إنما هي شروط مفترضة ومسبقة في الجريمة[٣٤]، وأياً تكن تلك التسميات إلا أنهم يتفقون بأن هنالك أمراً مسبقاً يشترط توافره قبل ارتكاب الجريمة حتى يصدق الوصف القانوني عليها.

ولكي نسبر أغوار هذه الجريمة أكثر فإنه ينبغي علينا أن نسلط الضوء على ولادة الجريمة من العدم إلى الواقع متمثلةً بالشرط المفترض (المطلب الأول)، وأركان الجريمة المكونة من الركن المادي (المطلب الثاني)، والركن المعنوي (المطلب الثالث).

المطلب الأول

الشرط المفترض في جريمة نقل العدوى عمداً

إن الشرط المفترض (المسبق) في بعض الجرائم هو أمر سابق على توافر أركان الجريمة، وبالتالي فهو ليس ركناً فيها[٣٥]، ويمكن تعريف الشرط المفترض بأنه شرط يفترض قيامه قبل قيام الجريمة ووقت مباشرة الجاني نشاطه الإجرامي في بعض الجرائم[٣٦]، وبذلك يتفق الشرط المفترض مع الركن المكون للجريمة في أن أثر تخلفهما يترتب عليه عدم وقوع الجريمة مما يؤدي إلى القضاء بالبراءة[٣٧].

إن المشرع الكويتي أورد جريمة نقل العدوى عمداً بالمادة ١٧ البند ٣ حيث نص على أن:

(كل من علم أنه مصاب بأحد الأمراض السارية وتسبب عمداً في نقل العدوى إلى شخص آخر).

---

(٣٢) د. فايز عايد الظفيري، القواعد العامة في قانون الجزاء الكويتي، نظرية الجريمة والعقاب، الطبعة الخامسة ٢٠١٦-٢٠١٧، ص ٣٢٧، مطبعة المقهوي الأولى.

(٣٣) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ٥٢ وما بعدها.

(٣٤) د. فيصل عبد الله الكندري وأ. د. غنام محمد غنام، مرجع سابق، ص ٢٥.
كذلك: أ. د. هلالي عبد اللاه أحمد، شرح قانون العقوبات البحريني، القسم الخاص، الطبعة الأولى ٢٠٠٧م، ص ٤١، مطبوعات جامعة البحرين.

(٣٥) د. فيصل عبد الله الكندري وأ. د. غنام محمد غنام، مرجع سابق، ص ٢٥.

(٣٦) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ٥٤.

(٣٧) د. فيصل عبد الله الكندري وأ. د. غنام محمد غنام، مرجع سابق، ص ٢٥.

ومن خلال هذا النص يتضح لنا أن المشرع يضع شرطاً مفترضاً في جريمة نقل العدوى عمداً ألا وهو أن يكون الشخص مصاباً بمرضٍ سارٍ من الأمراض المحددة بالجدول، ونستنتج من ذلك أن هنالك عنصرين اثنين مجتمعين مكونين للشرط المفترض هما:

العنصر الأول: شخص مصاب بمرض سارٍ

العنصر الثاني: أن يكون المرض الساري مدرجاً بالجدول

وتجدر الإشارة إلى أن الجريمة الجديدة المستحدثة اشترطت قيام الشخص المصاب بمرضٍ سارٍ بارتكاب فعل يؤدي إلى نقل العدوى للغير عمداً، ويثور التساؤل عن ماهية لفظ الأمراض السارية، إذ إن القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ لم ترد به أحكام عامة تبين تعريفات بعض المصطلحات، فهل مفهوم المرض الساري الذي قصده المشرع هو المرض المعدي؟ أم أنه قصد بالأمراض السارية أمراضاً معينة جاءت على وجه التحديد والتخصيص دون لبس أو غموض؟

لقد أجابت المادة ١ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ عن هذا التساؤل حيث نصت على أن: (الأمراض السارية التي تخضع لأحكام هذا القانون هي الأمراض المبينة في الجدول الملحق بقسميه الأول والثاني. ويجوز لوزير الصحة -بقرار منه- إضافة أي مرض سارٍ آخر إلى الجدول المذكور، والحذف أو النقل من قسم إلى آخر من قسمي الجدول).

ويتضح من نص هذه المادة أن الأمراض السارية هي الأمراض المدرجة في الجدول الملحق بالقانون، كما أن المشرع خوّل وزير الصحة سلطة إصدار قرار وزاري منه لإضافة أو حذف أو نقل أي مرض سارٍ في الجدول الملحق بالقانون، وهذا يعني أن مناط قيام الجريمة العمدية في نقل العدوى يكمن أولاً بتواجد المرض الساري ضمن الجدول، وثانياً بولادة القرار الوزاري الصادر من الوزير بإدراج أي مرض سارٍ مستجد في الجدول الملحق بالقانون.

وبإسقاط ما ذكر على فيروس كوفيد-١٩، فإن الجريمة المتعلقة بنقله عمداً قيد التطبيق بمجرد صدور القانون الذي أنشأ هذه الجريمة، بعد الاستناد على قرار وزير الصحة والذي يحمل رقم ٤٩ لسنة ٢٠٢٠ المؤرخ في ٢٠ فبراير ٢٠٢٠[٣٨] والمتضمن اعتبار فيروس كوفيد-١٩ من الأمراض السارية الوبائية المحجرية التي تخضع المصابين أو المشتبه بهم لإجراءات العزل حسب مقتضيات المصلحة العامة،

(٣٨) كويت اليوم، ملحق للعدد ١٤٨٧، السنة السادسة والستون، الأربعاء ١٦ رجب ١٤٤١هـ - ٢٠٢٠/٣/١١م، جريدة الكويت الرسمية الصادرة عن وزارة الإعلام.

ومؤدى ذلك أن القرار المذكور قد صنف هذا الفيروس ضمن القسم الأول الشق الأول المتعلق بالأمراض المحجرية، وذلك حسب الجدول الملحق بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩، مما يتيح للمحاكم إصدار الأحكام المتعلقة بجريمة نقل عدوى هذا الفيروس ومحاكمة المتهمين فيها.

ولا مندوحة القول أن في حالة حذف وزير الصحة المرض الساري من الجدول واعتباره مرضاً عادياً أن يطبق القانون الأصلح للمتهم، ذلك أن فكرة القانون الأصلح للمتهم تكون في حال صدور تشريع أصلح للمتهم من حيث تخفيف العقوبة أو إباحة الفعل[٣٩]، ويقصد بالقانون هنا بمعناه الضيّق أي القانون الذي يصدر من البرلمان، حيث إن دلالة النص واضحة باشتراطها صدور القانون، فوزير الصحة لا يصدر قانوناً إنما يصدر قراراً وزارياً، لذلك فلا مناص لتطبيق الأصلح للمتهم.

إن نشوء المسؤولية الجزائية عن جريمة نقل عدوى مرض سارٍ عمداً تأتي بعد تحديد الأمراض التي تعتبر سارية وفقاً للجدول كما ذكرنا آنفاً، لذلك فلا تنشأ المسؤولية الجزائية عن هذه الجريمة إذا نقل الشخص المصاب عمداً مرضاً من الأمراض السارية لم يكن مدرجاً في الجدول بسبب انتفاء العنصر الثاني من الشرط المفترض في هذه الجريمة.

وإزاء ما تقدم نعتقد أن المشرع عندما اشترط أن يكون ناقل العدوى مصاباً بها لم يتدارك الكبوة التي سوف تواجهه حتماً عند دخول الجريمة حيز النفاذ، ذلك أنه إذا كان ناقل العدوى ليس مصاباً بها فلا تقوم جريمة نقل العدوى ولا يحاسب على نصها على الرغم من نقله للعدوى.

فإذا قام "خالد" والذي يعمل ممرضاً في مستشفى ما بأخذ لعاب من المريض "فارس" المصاب بعدوى مرض سارٍ، ليدسّه في طعام "رياض" – وهو شخص سليم غير مصاب – بسبب عداوة قديمة، وبعد أن دسّ "خالد" العدوى بطعام "رياض" فتناولها الأخير أدى ذلك إلى إصابته بها، فلا تقع جريمة نقل العدوى عمداً بالنسبة للمتهم "خالد" على الرغم من نقله لها، ويرجع السبب إلى أن الدستور الكويتي جعل من المقومات الأساسية للمجتمع حق الفرد في الأمن والذي تكفله الدولة وتأخذه على عاتقها، ومن صور حق الفرد في الأمن ما نص عليه الدستور بالمادة ٣٢ ومفادها بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولما كان المشرع استحدث نصاً جديداً في البند ٣ من المادة ١٧ بشأن نقل العدوى، يدل على أن غاية المشرع في

---

(٣٩) د. عبد الوهاب حومد، شرح قانون الجزاء الكويتي، مرجع سابق، ص ٦٨.

التجريم إسباغ الوصف القانوني لهذه الجريمة على المصاب دون غيره، وبإلباس المثال السابق الوصف القانوني السليم فإن العنصر الأول من العناصر المكونة للشرط المفترض وهو شخص مصاب بمرضٍ سارٍ قد اختل وانتفى، مما يضحى معه عدم قيام هذه الجريمة المؤثمة بالمادة ١٧، إلا أن ذلك لا يعني مبدئياً عدم قيام جريمة الإيذاء على نحو محسوس وهي الجريمة المؤثمة بالمادة ١٦٠ من قانون الجزاء الكويتي، وننوه على أنه لا يجب أن يحكم على مرتكب جريمة الإيذاء إلا بعد أن تستقر حالة المجني عليه ويحصل على تقرير طبي يحدد مدة المرض أو التعطيل ليتم تكييف الجريمة(٤٠)، حيث إن الإيذاء نشاط يتمثل في الاعتداء على الجسد والإخلال بحرمته، كنقل ميكروبات مؤذية إلى المجني عليه(٤١).

ولا يمكن تفسير الجريمة واعتبارها قائمة حتى لو كان الشخص ناقل العدوى – الممرض خالد – غير مصاب بها، بالتعويل على أن نص التجريم اشترط أن يكون الشخص عالماً بالعدوى أي بماهية المرض وأن ينقله للآخرين، وأن الإصابة بالعدوى ليست شرطاً إنما الشرط العلم بالعدوى طالما تم استخدام وسيلة نقل الفيروس عمداً إلى الغير، حيث إن هذا التفسير غير سديد، ذلك أن الأصل المستقر الواجب الاتباع هو أنه يجب التحرز في تفسير القوانين الجزائية والتزام جانب الدقة في ذلك، وعدم تحميل عباراتها فوق ما تحتمل، وأنه متى كانت عبارة القانون واضحة لا لبس فيها، فإنه يجب أن تعد تعبيراً صادقاً عن إرادة المشرع، ولا يجوز الانحراف عنها عن طريق التفسير أو التأويل، أياً كان الباعث على ذلك، كما أنه لا محل للاجتهاد إزاء صراحة النص الواجب تطبيقه(٤٢)، فلا يسوغ إجهاض النص القانوني والالتفاف حول النص وتحميل عباراته معاني أخرى لاستنباط حكم لا تحتمله هذه العبارات، وبالتالي فلا تقوم جريمة نقل العدوى عمداً.

---

(٤٠) د. عبد الإله محمد النوايسة، الأوصاف الجرمية لنقل عدوى مرض الإيدز للغير قصداً، مجلة الحقوق، العدد ٢، السنة ٣١، جمادي الآخر ١٤٢٨هـ يونيو ٢٠٠٧م، ص ٣٧٨، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت.

(٤١) د. عبد المهيمن بكر، القسم الخاص في قانون العقوبات، الطبعة السابعة ١٩٧٧، ص ٦١٦، دار النهضة العربية.

(٤٢) الطعن بالتمييز رقم ٥٥٣ لسنة ٢٠٠٤ جزائي، جلسة ٢٠٠٤/٥/٢٤، مجموعة القواعد القانونية القسم ١٥، مجلد ١٢، ص ٦٧٦.
مشار إليه في:
د. حسين بوعركي، جرائم الشركات ومراقبي الحسابات في قانوني الشركات الكويتي والإماراتي، دراسة مقارنة مع التشريع الفرنسي، الطبعة الأولى ٢٠١٨، ص ٦٥، شركة مجموعة فورفيلمز للطباعة ذ. م. م.

ولابد من الإشارة إلى أمر في غاية الأهمية، وهو أن المشرع الكويتي قد وقع في الخطأ ذاته الذي وقع فيه بالمرسوم بقانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٩٢ بشأن الوقاية من مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب – الأيدز – حيث اشترط أن يكون الشخص ناقل العدوى مصاباً بها، وهو كذلك الأمر بالنسبة للقانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن الاحتياطات الصحية، وبجعل المشرع لزوم كون الشخص ناقل العدوى مصاباً بها له تبعات خطيرة جداً، وفي الحقيقة لا عتب على المشرع في عدم إدراك خطورة هذا الشرط، إذ إن قضايا نقل العدوى حديثة بالنسبة له ولم يشهدها القضاء الجزائي الكويتي – على حد علمي بعد البحث – إلا أننا كنا نتمنى تجريم الفعل دون اشتراط أن يكون ناقل العدوى مصاباً بها، لتفادي ما يترتب عليه من مشكلات قانونية.

ولنا في سابقة نقل العدوى بمستشفى الفاتح في ليبيا عبرةً تؤيد ما ندعو إليه بعدم اشتراط أن يكون الشخص ناقل العدوى مصاباً بها، حيث تكمن الواقعة التي عرضت على القضاء الجزائي الليبي بقيام مجموعة من الأطباء الليبيين والبلغار وطبيب فلسطيني من العاملين في مستشفى الفاتح لطب وجراحة الأطفال في بنغازي بحقن ما يقارب ٤٠٠ طفل بأمصال ملوثة بفيروس نقص المناعة المكتسب Human Immune Deficiency Virus واختصاره HIV المسبب لمرض الأيدز Aids، وذلك ما بين عامي ١٩٩٨ و١٩٩٩ وبعد التحقيق مع المتهمين تم إحالتهم إلى محكمة جنايات بنغازي، وفي ٢٠٠٤/٥/٦ قضت المحكمة على المتهمين بجريمة نشر وباء[(٤٣)].

ولك أن تتخيل عزيزي القارئ مصير المتهمين لو أن المشرع الليبي اشترط أن يكون الشخص ناقل العدوى مصاباً بها، وتأسيساً على ما سبق نأمل بأن ينتهج المشرع الكويتي – في قانون الاحتياطات الصحية وفي قانون متلازمة العوز المناعي المكتسب – نهج المشرع الأميركي في ولاية لويزيانا Louisiana بشأن عدم اشتراط وجود شرط مفترض في جريمة نقل مرض الإيدز، حيث يجرّم قيام أي شخص بنقل مرض الإيدز للغير عمداً عن طريق ممارسة الجنس أو بأية وسيلة أخرى[(٤٤)]، وذلك حتى لا تتكرر حادثة مستشفى الفاتح ويضحى مصير المتهمين عقوبة أخف من العقوبة المستحقة على فعلتهم.

لقد بينت المادة ١ ماهية الأمراض السارية وذلك بإدراجها في الجدول الملحق بالقانون بقسميه الأول والثاني، كما أناطت المادة ٤ حق العزل الإجباري في

(٤٣) د. عبد الإله محمد النوايسة، مرجع سابق، ص ٣٦٧.

(٤٤) د. عبد الإله محمد النوايسة، مرجع سابق، ص ٣٨٥.

المستشفى لكل شخص مصاب أو يشتبه بإصابته بأحد الأمراض السارية الواردة في الجدول الملحق بالقانون بقسميه، مما جعلنا نتساءل حول أحقية السلطات الصحية في تتبع الشخص المصاب والقبض عليه وعزله لمنع انتشار المرض الساري إذا لم يكن هذا المرض مدرجاً في الجدول؟

إن السبب الرئيسي في صدور القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ هو اتخاذ الاحتياطات الصحية اللازمة للوقاية من الأمراض السارية، ولما كانت الرعاية الصحية حقاً دستورياً تلتزم الدولة بتوفيره وحماية المواطنين مما قد يستجد أو يظهر من أوبئة محلية أو إقليمية أو عالمية، فإنه يتحتم عليها اتخاذ تدابير استثنائية للسيطرة أو الحد أو تطويق هذه الأمراض والفيروسات والأوبئة(٤٥)، وبعد قراءة القانون سالف البيان فإن نصوصه قد خلت من تنظيم هذه المسألة، وإذا سلمنا بأحقية السلطات الصحية في تتبع الشخص المصاب والقبض عليه وعزله لمنع انتشار المرض الساري حتى ولو لم يكن مدرجاً في الجدول استناداً إلى تكليف الدستور الدولة بحماية الصحة العامة واتخاذ الإجراءات اللازمة، مؤدى ذلك أن يتم منح الأشخاص المعنيين في تطبيق أحكام هذا القانون الحق في عزل وتقييد حرية أي شخص مصاب بأي مرض من الأمراض السارية التي لم تدرج بالجدول، فإنه من المتصور أن تتم إساءة استخدام هذه المكنة؛ نظراً إلى أن القانون لم ترد بأحكامه تعريفات تحدد بعض المصطلحات اللازمة كالأمراض السارية والتعريف بمندوبي وزارة الصحة كما سنرى لاحقاً، خلافاً للمشرع الإماراتي بالقانون الاتحادي لمكافحة الأمراض السارية مثلاً(٤٦)، وقد ذكر الفقيه الراحل أ. د. عثمان عبد الملك الصالح -رحمه الله- أن:

"الخطأ من سمات أعمال البشر، والانحراف من طبائع الناس، والظلم من شيم النفوس، وكل من يملك سلطة لا بد أن يميل بها في حين من الدهر، فذلك ضعف بشري من المكابرة إنكاره، فليس من الغريب أن تتعسف الإدارة أحياناً باستعمال سلطتها أو تخطئ في تطبيق القانون"(٤٧).

---

(٤٥) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٨ لسنة ٢٠٢٠ بتعديل المادة رقم ١٧ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩، كويت اليوم، ملحق ٤ للعدد ١٤٨٨، السنة السادسة والستون، الأحد ٥ شعبان ١٤٤١هـ - ٢٠٢٠/٣/٢٩م، ص ٣، جريدة الكويت الرسمية الصادرة عن وزارة الإعلام.

(٤٦) دائرة القضاء، مرجع سابق، ص ١٥.

(٤٧) د. عثمان عبد الملك الصالح، ولاية الدائرة الإدارية في نظر طعون الموظفين (دراسة تحليلية من خلال الفقه المقارن وأحكام القضاء)، مجلة الحقوق، مجلد ١٠، العدد ٤ ديسمبر ١٩٨٦، ص ١٢٩، مجلس النشر العلمي جامعة الكويت.

ولما كان الغرض من سن هذا القانون هو حماية الصحة العامة فإن حماية الصحة لا تكون إلا وفقاً لما قرره القانون، كما يستلزم على وزارة الصحة أن تكون سبّاقة في تقصي الأمراض السارية وإدراجها؛ إذ إن مناط قيام الجريمة فعلاً بإدراج المرض الساري في الجدول، ويعني هذا إذا كان المرض فعلاً سارياً إلا أنه غير مدرج بالجدول وتسبب الشخص المصاب بنقل العدوى عمداً فلا جريمة ولا عزل يواجهه بسبب عدم إدراج المرض الساري بالجدول، مما يجعلنا أمام فراغ تشريعي ينبغي للمشرع الانتباه إليه، حيث خلا النص من تنظيم مسألة التحفظ على الشخص المصاب بمرض سارٍ لم يدرج بعد، لذلك يجب أن ينظم هذا الأمر بتقرير جواز التحفظ على الشخص المصاب بشرط أن يصدر الوزير قراره بإدراج المرض الساري في الجدول بمدة لا تزيد على ٢٤ ساعة من تاريخ التحفظ على المشتبه به أو المصاب بالمرض الساري، وأن يكون هذا النص على سبيل الاستثناء بحيث لا يجور على حريات الأفراد ولا يمنح السلطات الصحية صلاحيات واسعة ومطاطة.

وفي ختام هذا المطلب تبينت لنا جزئية هامة وهي أن المشرع جرّم نقل عدوى الأمراض السارية بناءً على ما هو معتبر مرضاً سارياً بالجدول، وبالاطلاع على الجدول الملحق بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ فإن وزير الصحة قد أدرج بالبند ٧ من القسم الثاني من جدول الأمراض السارية مرض الإنفلونزا من الأمراض السارية، وهذا يعني أن مرض الإنفلونزا والذي تسببه فيروسات الإنفلونزا[٤٨] يشمل جميع تدرجات الإنفلونزا، أي يشمل الإنفلونزا الموسمية وإنفلونزا الطيور وإنفلونزا الخنازير وغيرها من فيروسات الإنفلونزا، ولم ينص المشرع على نقل عدوى إنفلونزا محددة كالمشرع الإماراتي الذي اعتبر فقط الإنفلونزا (النزلة الوافدة) Influenza والإنفلونزا (إنفلونزا الطيور) Influenza Avian من الأمراض السارية بجدول الأمراض[٤٩]، إنما نص المشرع الكويتي على الإنفلونزا دون تحديد بأن جعلها مطلقة تشمل جميع أمراض الإنفلونزا، والحال كذلك مع المشرع العماني الذي أدرج الإنفلونزا والأمراض شبيهة الإنفلونزا بالقسم الثالث دون تقييد[٥٠].

---

(٤٨) د. عثمان محمد عبد الله النيل وآخرون، الأدلة الإرشادية للمراقبة الوبائية والإجراءات الوقائية للأمراض المعدية، الطبعة الثانية ٢٠١٧، وزارة الصحة المملكة العربية السعودية، وكالة الصحة، ص ٧٩، مكتبة الملك فهد الوطنية.

(٤٩) دائرة القضاء، قانون مكافحة الأمراض السارية، الطبعة الأولى ٢٠١٧، ص٤٠، دائرة قضاء أبو ظبي.

(٥٠) مرسوم سلطاني رقم ٩٢/٧٣ بإصدار قانون مكافحة الأمراض المعدية.

الأمر الذي كنا نتمنى من المشرع التريث والتمعن في النصوص قبل التجريم، وأن لا يكون التجريم نظراً لردة فعل تجاه حدث معين، إنما يجب الاجتماع مع السلطات الصحية ودراسة الأمر دراسة حثيثة والنظر في الأمراض السارية جيداً، حيث لا يعقل أن من يصاب بإنفلونزا كنزلة البرد مثلاً يعاقب بعقوبة أشد من عقوبة نقل عدوى مرض الإيدز والذي يسبب الوفاة عاجلاً أم آجلاً، ونزولاً على ما سلف فإنه يجب أن يعيد المشرع النظر في صياغة القوانين حتى نتحصل على منظومة تشريعية متكاملة.

وخلاصة ما سبق، نستنتج أن المشرع اشترط وفقاً لنص جريمة نقل العدوى عمداً أن يكون ناقل العدوى شخصاً مصاباً بمرضٍ سارٍ من الأمراض المحددة بالجدول حتى يصدق عليه الوصف التجريمي لهذه الجريمة.

المطلب الثاني
الركن المادي لجريمة نقل العدوى عمداً

مما لا ريب فيه أنه لا جريمة تقع من دون أن تحتوي ركناً مادياً، إذ إن الركن المادي للجريمة هو ما يدخل في كيانها وتكون له طبيعة مادية فتلمسه الحواس(٥١)، أو بمعنى مرادف هو نشاط الفاعل الإجرامي الذي يشكل كيان الجريمة في الحياة الخارجية(٥٢)، ولما كان القانون لا يعاقب على النوايا وإنما يتربص حتى تظهر وتبرز هذه النوايا في صورة أفعال محسوسة مجسدة الركن المادي للجريمة(٥٣).

فإن الركن المادي للجريمة ينقسم إلى ثلاثة عناصر تتمثل في النشاط أو السلوك الإجرامي (الفرع الأول)، والنتيجة المترتبة على الفعل الإجرامي (الفرع الثاني)، والعلاقة السببية التي بين السلوك الإجرامي المرتكب والنتيجة الإجرامية المترتبة عليه (الفرع الثالث).

الفرع الأول
السلوك الإجرامي

إن السلوك الإجرامي هو ذلك الفعل أو الامتناع الذي ينقل الجريمة من عالم

---

(٥١) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ٣٠٣.
(٥٢) د. عبد الوهاب حومد، شرح قانون الجزاء الكويتي، مرجع سابق، ص ٥٣.
(٥٣) د. عبد الوهاب حومد، شرح قانون الجزاء الكويتي، مرجع سابق، ص ٥٣.

الخيال والتجريد إلى عالم الواقع والحقيقة، بحيث يمكن التثبت من مظاهر هذا السلوك والاستدلال عليها ليتدخل القانون بالعقاب إذا تحققت باقي أركان الجريمة[٥٤].

ويتمثل النشاط في جريمة نقل العدوى عمداً: بسلوك صادر من المصاب من شأنه أن ينقل عدوى مرض من الأمراض السارية، ونطرّي بالذكر أن وسائل إتيان النشاط المكون لجريمة نقل العدوى تختلف من مرضٍ لآخر، فيتم انتقالها بإحدى الطرق الآتية[٥٥]:

١ - الأمراض التي تنتقل عن طريق التنفس والهواء، كأمراض الجهاز التنفسي مثل الإنفلونزا والسل الرئوي.

٢ - الأمراض التي تنتقل عن طريق الجهاز الهضمي، حيث ينتقل الفيروس بواسطة الفم كالتيفوئيد والكوليرا والتهاب الكبد.

٣ - الأمراض التي تنتقل عن طريق الجماع، حيث ينتقل الفيروس فيها بواسطة الجهاز التناسلي كالأيدز والزهري والسيلان.

٤ - الأمراض التي تنتقل عن طريق ملامسة المصاب أو مجالسته، كالأمراض الجلدية، مثل الجذام والجدري وجديري الماء "العنقز".

٥ - الأمراض التي تنتقل عن طريق الحقن أو الوخز، ويشمل نقل الدم والحقن الطبية ووخز البعوض وغيرها، مثل الملاريا والتيفوس وجميع الأمراض المعدية إذا انتقلت عن طريق الدم لوجود فيروس المرض فيه.

وكما نلاحظ أن طرق العدوى المكونة للنشاط المادي لجريمة نقل العدوى عمداً كثيرة، لذلك سنعتصم بوسائل النشاط المتخذة في نقل فيروس كوفيد-١٩ الذي هو محل بحثنا، وتتمثل وسائل إتيان النشاط كما ذكرنا مسبقاً بالآتي[٥٦]:

أولاً: مخالطة الجاني المصاب بالفيروس المجني عليه.

---

(٥٤) د. فايز عايد الظفيري، مرجع سابق، ص ٣٢٨.

(٥٥) الأمراض المعدية لفؤاد الشعبان (ص٥ وما بعدها)، الأمراض المعدية وسبل الوقاية منها لعبد الرحمن النجار (ص٥ وص٢٥)، العدوى بين الطب وحديث المصطفى لمحمد البار (ص٢٣ وما بعدها).
مشار إليه في:
د. أحمد بن عبد الله آل طالب، الجناية بنقل الأمراض، بحث فقهي مختصر وهو جزء من رسالة دكتوراه في قسم الفقه بكلية الشريعة بجامعة الإمام بعنوان: النوازل في الجنايات، ١٤٤١/٧/٢١هـ، ص ٤، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

(٥٦) المطلب الأول من المبحث الأول في هذا البحث.

ثانياً: عن طريق القطيرات الصغيرة المتناثرة من أنف أو فم الشخص المصاب عند العطس أو السعال.

ثالثاً: عن طريق لمس الشخص لعينه أو أنفه أو فمه بعد ملامسة الأسطح أو الأشياء التي سقطت عليها القطيرات المتناثرة من أنف أو فم الشخص المصاب عند العطس أو السعال.

رابعاً: تنفس القطيرات التي تخرج من الشخص المصاب بالمرض مع سعاله أو زفيره.

إن وسائل ارتكاب النشاط المادي المذكورة أعلاه جاءت على سبيل المثال لا الحصر، وبهذا فإن مناط قيام الجريمة يتلخص بعلم الجاني بأنه مصاب بالمرض وقيامه بإتيان سلوك من شأنه أن ينقل العدوى للآخرين، فحين يثبت للجاني إصابته بهذا المرض ويقوم بمخالطة الآخرين بقصد نقل العدوى عندئذ تقوم هذه الجريمة.

الفرع الثاني
النتيجة الإجرامية

إن النتيجة هي الأثر المترتب على السلوك الإجرامي والذي يعتد في التكوين القانوني للجريمة فتحقق عدواناً ينال من مصلحة أو حق قدر المشرع ضرورة حمايته جزائياً[٥٧].

مما لا ريب فيه أن للنتيجة الإجرامية مدلولين[٥٨]، المدلول الأول هو المدلول المادي باعتبار أن النتيجة كظاهرة مادية هي التغيير الذي يحدث في العالم الخارجي كأثر للسلوك الإجرامي[٥٩]، مثل جريمة القتل، حيث إن المجني عليه كان حياً قبل إتيان الجاني السلوك الإجرامي ثم أصبح ميتاً بعد ارتكاب الفعل، فهذا ما يعرف

---

(٥٧) د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، القاهرة ١٩٧٩، ص ١٣٦، دار الفكر العربي. مشار إليه في:
اللجنة العلمية، أركان الجريمة والشروع فيها، مرجع سابق، ص ١٣.

(٥٨) د. عمر السعيد رمضان، فكرة النتيجة في قانون العقوبات، مجلة القانون والاقتصاد س٢١ (١٩٦١)، ص ١٠٤. مشار إليه في:
د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ٣١٣.
وكذلك: د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ٣١٣.

(٥٩) Liszt, I, 28, p.213.
مشار إليه في: د. عمر السعيد رمضان، ص١٠٨، والمشار إليه في:
د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ٣١٣.

بمدلول النتيجة المادي[٦٠]، أما المدلول الثاني فهو المدلول القانوني باعتبار أن النتيجة القانونية هي العدوان الذي ينال من مصلحة أو حق قدر الشارع جدارته بالحماية الجنائية[٦١]، وبذلك فإن النتيجة القانونية لا تحمل ضرراً لأحد إنما تتمثل في اعتداء على حق يحميه القانون كحمل السلاح من دون الحصول على ترخيص[٦٢]، أي أنها تمثل خطراً.

نفهم من ذلك بأن التفريق بين النتيجتين كأثر مادي وأثر قانوني يقودنا إلى التمييز بين نوعين من الجرائم هما الجرائم المادية أو جرائم الضرر أو التي تتطلب نتيجة مادية، والجرائم الشكلية أو جرائم الخطر أو التي لا تتطلب نتيجة مادية.

فالجرائم المادية أو الجرائم المتطلبة للنتيجة أو جرائم الضرر[٦٣]، هي التي تفترض سلوكاً إجرامياً ترتبت عليه آثار تمثل العدوان الفعلي الحال على الحق الذي يحميه القانون[٦٤]، كالحق في الحياة ونتيجة العدوان عليه تؤدي إلى الموت، أما الجرائم الشكلية أو الجرائم غير المتطلبة للنتيجة أو جرائم الخطر[٦٥] فهي التي لا تحدث بطبيعتها أي نتيجة مادية إنما تحدث نتيجة قانونية من خلال الاعتداء على مصلحة محمية بالقانون[٦٦].

وتبرز أهمية التفريق بين الجرائم المادية والجرائم الشكلية في الآتي:

أولاً: عدم استطاعة بحث العلاقة السببية في الجريمة الشكلية[٦٧].

ثانياً: لا يتصور الشروع في الجرائم الشكلية؛ لأن نظرية الشروع تتطلب أن تكون للفعل نتيجة لكي نقول بخيبة الأثر، أو عدم تحقق النتيجة المادية[٦٨].

---

(٦٠) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ٣١٤.

(٦١) د. محمود محمود مصطفى، رقم ١٨٩، ص ٢٧٧؛ د. عمر السعيد رمضان، ص ١٠٧. مشار إليه في:
د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ٣١٤.

(٦٢) د. عبّود السرّاج، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الجزء الأول نظرية الجريمة، ص ١١٩، دون دار نشر.

(٦٣) د. عبّود السرّاج، مرجع سابق، ص ١٠٢.

(٦٤) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ٣١٧.

(٦٥) د. عبّود السرّاج، مرجع سابق، ص ١٠٢.

(٦٦) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ٣١٧.

(٦٧) د. فايز عايد الظفيري، مرجع سابق، ص ٣٣٣.

(٦٨) د. عبّود السرّاج، مرجع سابق، ص ١٠٣.

ثالثاً: لا يمكن تصور الخطأ غير المقصود في الجرائم الشكلية، أما الجريمة المادية فمتصور أن تكون مقصودة أو غير مقصودة بحسب ظروف الواقعة نفسها(٦٩).

وبإزاء ما سلف على جريمة نقل العدوى، يتضح لنا أن المشرع قد صنف هذه الجريمة من جرائم الضرر التي تتطلب حدوث نتيجة عليها.

والنتيجة في جريمة نقل العدوى عمداً هي: الإصابة بعدوى المرض الساري من شخصٍ مصاب، إذ إن الإصابة بالمرض الساري هي الأثر المترتب على السلوك الإجرامي(٧٠)، فالمصاب الذي يضع لعابه في كوب القهوة ويؤدي ذلك إلى إصابة المجني عليه بالعدوى فإن النتيجة تتحقق، كذلك المصاب الذي يبصق على رجال الشرطة أثناء القبض عليه ويؤدي ذلك إلى إصابتهم بها، فإن النتيجة قد تحققت.

ونعتقد أن الشروع يتصور في هذه الجريمة، إذ إنها من الجرائم المادية التي تتطلب نتيجة، وحيث إن الشروع في الجريمة هو ارتكاب فعل بقصد تنفيذه إذا لم يستطع الفاعل لأسباب لا دخل لإرادته فيها إتمام الجريمة(٧١)، وبتطبيق المثال السابق بشأن إلقاء القبض على المصاب بالعدوى من قبل رجال الشرطة أو موظفي وزارة الصحة المختصين بعد علمه أنه مصاب، فإن قام الشخص المصاب بالبصق أو السعال عليهم ولم يصاب أي منهم بالعدوى، فإنه يعتبر شارعاً في جريمة نقل العدوى عمداً، إذ إن الشرط المفترض قد توافر وهو شخص مصاب بمرض سارٍ مدرج بالجدول، كما توافر السلوك الإجرامي للجريمة وهو نشاط صادر من الشخص المصاب يتمثل في نقل العدوى عمداً بإحدى الطرق التي وردت على سبيل المثال، إلا أن النتيجة لم تتحقق وهي الإصابة بالعدوى، وبالتالي يعتبر المتهم المصاب بفيروس كوفيد-١٩ شارعاً في نقل العدوى إلى رجال الشرطة أو موظفي الصحة المجني عليهم.

ويعتبر شارعاً كذلك في الجريمة حتى لو لم يكن مصاباً بمرض من الأمراض السارية، حيث إن هذا النوع من الجرائم يعرف باسم الجريمة المستحيلة، وهي التي تتحقق إذا استنفذ المتهم جميع الوسائل المادية لاستكمال سلوكه الإجرامي إلا أن النتيجة لم تتحقق لظروف يجهلها المتهم(٧٢)، فلو ظن المتهم خاطئاً أنه مصاب بمرض

(٦٩) د. عبّود السرّاج، مرجع سابق، ص ١٠٣.
(٧٠) د. فايز عايد الظفيري، مرجع سابق، ص ٣٣١.
(٧١) المادة ٤٥ الفقرة ١ من قانون الجزاء الكويتي.
(٧٢) المادة ٤٥ الفقرة ٢ من قانون الجزاء الكويتي.

من الأمراض السارية، ثم اقترف السلوك المادي للجريمة إلا أن المجني عليه لم يصاب، فإنه يعتبر شارعاً لأن عدم تحقق النتيجة ترجع إلى ظروف يجهلها المتهم وهي أنه ليس مصاباً بالعدوى، ولا يؤثر في الشروع إن كانت الجريمة مستحيلة أو موقوفة أو خائبة؛ حيث إن المشرع يعاقب على الشروع بجميع صوره(٧٣).

وإن المشرع عندما جعل هذه الجريمة من جرائم الضرر، فإننا رأينا أصابع اللوم والانتقاد قد وجهت من البعض(٧٤) إليه، حيث كان الانتقاد مبنياً على أساسين هما:

الأول: صعوبة إثبات أن المتهم ذاته هو الشخص الناقل للعدوى مما يؤدي إلى الحكم بالبراءة.

الثاني: جعل جريمة نقل العدوى عمداً جريمة خطر.

وعلى الرغم من وجاهة هذه الانتقادات التي تحمل شيئاً من الصحة، إلا أننا نعارضها وفقاً للآتي:

أولاً: عندما أدرج المشرع جريمة نقل العدوى لم يختزل التجريم بجريمة نقل العدوى على فيروس كوفيد-١٩ فقط، إذ إن جريمة نقل العدوى تخضع للأمراض السارية المدرجة بالجدول الملحق بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩، وبالنظر إلى الجدول فإنه يتضمن عدداً كثيراً من الأمراض كالتي تنتقل عن طريق التنفس والهواء، والتي تنتقل عن طريق الجهاز الهضمي، أو التي تنتقل عن طريق الجماع، كذلك التي تنتقل عن طريق ملامسة المصاب أو مجالسته، وأخيراً التي تنتقل عن طريق الحقن أو الوخز، مما يعني اختلاف اليقين القانوني في الجريمة من مرض لآخر، ولو افترضنا جدلاً أن المشرع جعل هذه الجريمة جريمة خطر فقط، بحيث من كان مصاباً ولم يأخذ الاحتياطات يعتبر متهماً في جريمة نقل العدوى عمداً، فكم متهم سيحال إلى النيابة العامة على أساس هذا النص؟

ولا يخفى على القارئ الكريم أن أعداد إصابة الجاليات المخالطة في الكويت بازدياد وكذلك أعداد المواطنين، مما يعني أنه يجب على وزارة الصحة يومياً أن تحيلهم إلى النيابة العامة بسبب عدم مراعاة الاحتياطات الصحية!

ثانياً: إن التبرير بأن صعوبة الإثبات هي من تجعل المطالبة بتصنيف هذه

---

(٧٣) المادة ٤٥ من قانون الجزاء الكويتي.

(٧٤) د. محمد التميمي، أستاذ القانون الجزائي في جامعة الكويت كلية الحقوق، رأيه المنشور في موقع صحيفة الراي الكويتية www.alraimedia.com بتاريخ ٢٠/٤/٢٠٢٠، ويحمل المقال عنوان "ناقل "كورونا" عمداً بعيدٌ عن... الإدانة! ".

الجريمة من جرائم الخطر فقط غير قويم، ذلك أن جرائم السب والقذف الواردة في قانون الجزاء الكويتي تتضمن أيضاً صعوبة بالإثبات خصوصاً إذا لم يكن هنالك شاهد ولم تسفر تحريات المباحث عن شيء، وعلى الرغم من صعوبة الإثبات إلا أن هنالك أحكاماً جمّة تصدر وتدين من تلفظ بالسب أو القذف للمجني عليه، فلم يعيق الإثبات قدرة المحكمة على إصدار الأحكام، كما أن جهود التقصي الوبائي ووزارة الصحة الواضحة تفيد سلطة التحقيق باستظهار الحقيقة والوصول إلى الشخص ناقل العدوى.

ثالثاً: المطالبة بجعل المشرع جريمة نقل العدوى جريمة خطر فقط دون تمييز حسب نوع المرض ودرجته وما يفيد لتعيين المرض أمراً لا نقبله، لذلك نرى أنه كان من المفترض تقسيم جريمة نقل العدوى على شقين- بحسب عدة ملاحظات تأخذ بعين الاعتبار منها اليقين القانوني وقدرة الإثبات - الأول يتضمن نقل أمراض محددة وتعتبر جريمة خطر، والثاني اعتبار الأمراض الأخرى جريمة ضرر، وكل ذلك بعد إعادة النظر بجدول الأمراض السارية، ونرى أن يكون التجريم كالآتي:

"١- كل من علم أنه مصاب بأحد الأمراض السارية من الأمراض المدرجة بالقسم - يحدد رقم القسم -من الجدول الملحق بهذا القانون، وعرض شخصاً آخر للإصابة بهذا المرض يعاقب بالحبس بكذا والغرامة بكذا أو بإحدى هاتين العقوبتين.

٢ - كل من علم أنه مصاب بأحد الأمراض السارية من الأمراض المدرجة بالقسم - يحدد رقم القسم - من الجدول الملحق بهذا القانون، وتسبب عمداً في نقل العدوى إلى شخص آخر يعاقب بالحبس بكذا وبغرامة كذا أو بإحدى هاتين العقوبتين".

وما يدعم قولنا بشأن تقسيم جريمة نقل العدوى إلى شقين هو ما فعله المشرع عندما قسم جرائم الضرب والجرح والإيذاء، بحيث جعلها تبدأ من التعدي الخفيف ثم تتدرج إلى أن تصل للعاهة المستديمة والأذى البليغ، فتصور لو أن المشرع أفرد جريمة واحدة وهي الضرب أو الجرح أو الإيذاء ورصد لها عقوبة واحدة كالحبس مدة لا تجاوز عشر سنوات مع جواز إضافة غرامة لا تجاوز سبعمائة وخمسين ديناراً، فهنا يفتقر النص للعدالة التشريعية، بحيث يكون مركز مرتكب التعدي الخفيف متساوياً لمركز من ارتكب عاهةً مستديمة أو أذى بليغاً على الرغم من اختلاف جسامة النشاط، لذلك نرى أن إفراد المشرع جريمة نقل العدوى دون التفريق بين جسامة العدوى وآثارها حاد عن الصواب، بحيث جعل مركز من ينقل عدوى الإنفلونزا بشكلها البسيط مساوياً لمركز من ينقل الطاعون حيث إن العقوبة المتربصة لهما واحدة، لذلك نرى وجوب تقسيم جرائم نقل العدوى بحسب نتيجتها إلى شقين: يتضمن الأول جرائم الخطر والثاني جرائم الضرر.

وختاماً نورد مثالاً دالاً على صعوبة الإثبات إذا لم يتم تقسيم جريمة نقل العدوى إلى شقين بحيث تعتبر بعض الأمراض خطراً والأخرى ضرراً، والمثال بالآتي:

إذا كان هنالك شخصان يدعان سعود وزياد مصابان بفيروس كوفيد-١٩، التقى سعود بالمجني عليه ضاري ووضع له في طعامه قليلاً من لعابه، وبعد يومين التقى زياد بالمجني عليه ضاري وأيضاً وضع له في طعامه قليلاً من لعابه، ففي حال نقلت العدوى إلى ضاري، فمن يوجه له الاتهام بنقل العدوى؟

في الفرضية السالفة يسهل التنبؤ بتوجيه الاتهام إذا كان هنالك اتفاق بين سعود وزياد على نقل العدوى إلى ضاري، حيث إنه بإعمال أحكام المادة ٤٧ من قانون الجزاء الكويتي فيعتبر كلاهما فاعلاً أصلياً في جريمة نقل العدوى عمداً، ولا عبرة في تحديد لحظة الإصابة لوجود مشروع إجرامي واحد ضمّ المساهمين وترتب على ذلك قيام التضامن في المسؤولية عن النتيجة(٧٥)، أما إذا لم يكن هنالك اتفاق أو توافر أو تفاهم أو حتى قصد التداخل وارتكب كلاهما الفعل المكون للجريمة ولم يتمكن للخبير تحديد من منهما محدث النتيجة فإن الاثنين يسألان عن شروع في الجريمة عملاً بالقدر المتيقن منه(٧٦).

الفرع الثالث
علاقة السببية

العلاقة السببية هي الصلة التي تربط بين السلوك الإجرامي والنتيجة وتثبت أن ارتكاب السلوك الإجرامي هو الذي أدى إلى حدوث النتيجة(٧٧)، أي إمكانية إسناد السلوك الإجرامي المتمثل في نقل العدوى عمداً من الشخص المصاب بمرض سارٍ من الأمراض المدرجة في الجدول، إلى النتيجة المترتبة على هذا الفعل وهي الإصابة بالعدوى جرّاء هذا الفعل، ومؤدى ذلك أنه إذا انتفت العلاقة السببية فإنه يجب التفريق بين أمرين، الأمر الأول وهو بشأن الجرائم غير العمدية، فإذا انتفت العلاقة السببية فيها فإن الجريمة تنتفي(٧٨)، ومثال ذلك إذا لم يعقم طبيب الأسنان أدوات تنظيف الأسنان جيداً بعدما فحص شخصاً مصاباً بالعدوى واستخدمها على شخص آخر غير

(٧٥) د. فيصل عبد الله الكندري وأ. د. غنام محمد غنام، مرجع سابق، ص ٢٠١.
(٧٦) د. فيصل عبد الله الكندري وأ. د. غنام محمد غنام، مرجع سابق، ص ٢٠١.
(٧٧) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ٣١٩.
(٧٨) د. فايز عايد الظفيري، مرجع سابق، ص ٣٣٤.

مصاب، أما الأمر الثاني وهو بشأن الجرائم العمدية، فإذا انتفت العلاقة السببية فيها فإن ذلك لا يمنع من مساءلة الجاني عن الشروع في جريمة نقل العدوى عمداً، كالمثال السابق بشأن نقل الشخص المصاب العدوى إلى رجال الشرطة إلا أنها لم تنتقل لهم بسبب لا يد له فيه، كما أيضاً لا يمكننا أن نبحث عن العلاقة السببية في جرائم الخطر.

لما كان الإنسان لا يسأل إلا عن النتيجة الإجرامية التي أحدثها فعله، فحوى ذلك أن هنالك قاعدة عامة وهي قاعدة السبب المباشر، وقد أخذ المشرع الكويتي بها وجعلها أصلاً عاماً إلا أنه أورد استثناء على هذا الأصل في المادة ١٥٧ من قانون الجزاء[٧٩].

المطلب الثالث
الركن المعنوي لجريمة نقل العدوى عمداً

لقد كان الإنسان فيما مضى يعاقب لمجرد مخالفته قاعدة راسخة من قواعد مجتمعه دونما نظر إلى قصده أو نيته، حيث كان الأساس في العقاب ينصب على الفعل المادي وحده[٨٠]، ومن القوانين التي كانت تعاقب على أساس الفعل المادي وحده قانون حمورابي البابلي والقوانين المصرية والرومانية واليونانية القديمة، ولكن مع تقدم الزمن وتطوره سقطت هذه النظرة وأصبحت تقوم على أساس معنوي[٨١]، إذ إن الجريمة ليست ظاهرة مادية خالصة قوامها الفعل وآثاره وإنما هي كيان نفسي كذلك[٨٢]، وبذلك أصبح للجريمة ركن معنوي بجانب الركن المادي لها.

ويعرف الركن المعنوي بأنه علاقة تربط بين ماديات الجريمة وشخصية الجاني، وهذه العلاقة محل للوم القانون، وتتمثل فيها سيطرة الجاني على الفعل وآثاره، وجوهرها الإرادة، ومن ثم كانت ذات طبيعة نفسية[٨٣]، والركن المعنوي ينشأ من اتجاه الإرادة نحو ارتكاب الجريمة وإحداث النتيجة، وتأخذ هنا صورة القصد الجنائي

(٧٩) د. عبد الوهاب حومد، شرح قانون الجزاء الكويتي، مرجع سابق، ص ٥٤.
(٨٠) د. عبد الوهاب حومد، شرح قانون الجزاء الكويتي، مرجع سابق، ص ٨٨.
(٨١) د. عبد الوهاب حومد، شرح قانون الجزاء الكويتي، مرجع سابق، ص ٨٩.
(٨٢) د. فايز عايد الظفيري، مرجع سابق، ص ٣٤٥.
(٨٣) محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص ٨.
مشار إليه في:
د. فايز عايد الظفيري، مرجع سابق، ص ٣٤٥.

العمدي[٨٤]، أما إذا لم يقصد الجاني ارتكاب الجريمة ومع ذلك تحققت النتيجة فنكون أمام جريمة غير عمدية[٨٥] وتأخذ هنا صورة الخطأ غير العمدي.

ولما كانت جريمة نقل العدوى جريمة عمدية فيهمنا التركيز على عناصر القصد الجنائي العمدي لهذه الجريمة، المكون من العلم والإرادة[٨٦]، والعلم يعني علم الجاني بكافة أركان الجريمة وشرطها المفترض[٨٧]، والإرادة تعني إرادته الفعل وإخراجه إلى الوجود مع إرادته النتيجة المترتبة على فعله[٨٨].

وبهذا يكون القصد الجنائي في جريمة نقل العدوى عمداً: هو علم الجاني أنه مصاب بعدوى من ضمن الأمراض السارية المدرجة بالجدول، وأنه بفعله لنقل العدوى يعتدي على جسم وسلامة المجني عليه مما يشكل إصابته بالعدوى، وإرادته نقل العدوى عمداً مع إرادته النتيجة المترتبة على نقل العدوى وهي إصابة المجني عليه بها.

إن تحديد وقت ارتكاب الجريمة مهم جداً لاستخلاص القصد الجنائي للمتهم، فلو أصيب المتهم بتاريخ ١ أبريل ٢٠٢٠ وقد خالط نفراً من الناس الذين نقل لهم العدوى، إلا أن علمه بالإصابة كان بتاريخ ٨ أبريل ٢٠٢٠، فإن الأنظار توجه إلى التاريخ الأخير، حيث إذا ارتكب أي فعل ينقل العدوى يمكن إعمال جريمة نقل العدوى عمداً وأحكام الشروع فيها، أما بشأن الأشخاص الذين أصيبوا قبل تاريخ ٨ أبريل فلا يمكن مساءلته عن هذه الجريمة لانعدام الركن المعنوي فيها.

وبفرض أنه كان يعلم بإصابته في تاريخ ١ أبريل إلا أنه لم يبالِ واستهتر وقام بمخالطة نفرٍ من الناس دون أن تتجه إرادته إلى نقل العدوى إلا أنها انتقلت، فلا يمكن مساءلته عن جريمة نقل العدوى للغير دون قصد؛ إذ إن المشرع لم يفرد لها نصاً خاصاً يتضمنها، وبالتالي نرى إمكانية محاسبته على أساس جريمة الإصابة الخطأ.

إن طرق استخلاص علم المتهم بإصابته وإرادته نقل العدوى موكولة إلى سلطة التحقيق المتمثلة بالنيابة العامة تحت رقابة محكمة الموضوع، كما أن علم المتهم بالإصابة يشترط أن يكون علماً يقينياً، وعليه إذا أحس المتهم بأعراض فيروس كوفيد-١٩ وأيقن إصابته بالمرض، وأتى بعد ذلك بأي سلوك من شأنه أن ينقل

(٨٤) المادة ٤١ الفقرة ١ من قانون الجزاء الكويتي.
(٨٥) د. فايز عايد الظفيري، مرجع سابق، ص ٣٤٥.
(٨٦) د. فايز عايد الظفيري، مرجع سابق، ص ٣٥٢.
(٨٧) د. فيصل عبد الله الكندري وأ. د. غنام محمد غنام، مرجع سابق، ص ٣٦١.
(٨٨) د. عبّود السرّاج، مرجع سابق، ص ١٤١.

العدوى كوضع لعابة في كوب القهوة العائد لغريمه فإنه يعتبر مرتكباً لجريمة نقل العدوى إذا انتقلت بفرض علمه اليقيني بالمرض، حيث إن علمه بالإصابة جعله يرتكب النشاط المادي للجريمة، أما إذا لم يكن مصاباً بالعدوى وأتى النشاط المكون للجريمة كما في المثال السابق بينه وبين غريمه، إلا أنه اتضح عدم إصابته بالعدوى أصلاً، فلا يمنع ذلك من مساءلته استناداً إلى الجريمة المستحيلة كما بينا ذلك آنفاً لنزجر إرادته المجرمة، مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف ارتكاب الجريمة وملابساتها المرجحة للإدانة أو البراءة.

ولما كنا بصدد الحديث عن القصد الجنائي فالسؤال يثور حول هل تتطلب جريمة نقل العدوى عمداً قصداً جنائياً خاصاً أم أنها فقط تتطلب القصد العام؟

إن القصد الجنائي العام يقوم على العلم والإرادة المنصرفين إلى أركان الجريمة[٨٩]، أما القصد الجنائي الخاص فهو الغرض الخاص الذي يسعى الفاعل إلى تحقيقه من وراء جريمته في بعض الجرائم، وهو لا يوجد منفرداً إنما يوجد دوماً مع القصد الجنائي العام[٩٠]، فالقصد الجنائي الخاص يقوم على العلم والإرادة شأنه في ذلك شأن القصد الجنائي العام، ولكنه يمتاز بأن العلم والإرادة لا يقتصران على أركان الجريمة وعناصرها وإنما يمتدان بذلك إلى وقائع ليست بذاتها من أركان الجريمة[٩١]، ويستفاد مما ذكر أنه يتطلب أولاً انصراف العلم والإرادة إلى أركان الجريمة، وبذلك يتوافر القصد الجنائي العام، ثم بعد ذلك يتطلب انصراف العلم والإرادة إلى وقائع لا تعد طبقاً للقانون من أركان الجريمة، وبهذا الاتجاه الخاص للعلم والإرادة يقوم القصد الجنائي الخاص[٩٢]، فقد ينص القانون صراحة على القصد الجنائي الخاص مثل قصد الاتجار بجرائم المخدرات[٩٣]، وقد يترك ذلك للفقه والقضاء مهمة استخلاصه كما في جريمة القتل[٩٤].

فعلى سبيل المثال، نجد أن المشرع تطلب في جريمة السرقة قصداً جنائياً

(٨٩) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ٧٠٠.

(٩٠) د. عبد الوهاب حومد، شرح قانون الجزاء الكويتي، مرجع سابق، ص ٩٤.

(٩١) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ٧٠٢.

(٩٢) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ٧٠٢.

(٩٣) اللجنة العلمية، جرائم المخدرات، ٢٠١٨-٢٠١٩، ص ٣٠، وزارة العدل، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية.

(٩٤) د. عبد الوهاب حومد، شرح قانون الجزاء الكويتي، مرجع سابق، ص ٩٥.

خاصاً وهو نية التملك[٩٥] وبهذه النية يقوم القصد الجنائي الخاص؛ لأن تملك الجاني للشيء المسروق ليس من أركان السرقة التي تستكمل مادياتها بمجرد الاختلاس، بل أن هذا مستحيل قانوناً لأن السرقة ليست سبباً لاكتساب الملكية، فإذا تطلب القانون اتجاه الإرادة إلى ذلك فهو يتطلب ما ليس من أركان الجريمة، مما يعد قصداً جنائياً خاصاً[٩٦].

وبالنظر إلى النص المؤثم لجريمة نقل العدوى فإن المشرع نص على أن:

(كل من علم أنه مصاب بأحد الأمراض السارية وتسبب عمداً في نقل العدوى إلى شخص آخر).

وهدياً بما سلف، يتضح لنا أن الجريمة تقوم بمجرد أن يعلم الشخص بأنه مصاب بأحد الأمراض السارية المذكورة بالجدول – **وهذا هو الشرط المفترض** – ويقوم بإتيان نشاط مادي يتمثل في نقل عدوى للغير – **وهذا هو الركن المادي** – مع علمه بأنه مصاب بعدوى ضمن الأمراض السارية المدرجة بالجدول، وأنه بفعله يعتدي على جسم وسلامة المجني عليه، مما يشكل إصابته بالعدوى، مع إرادته النتيجة المترتبة عليها وهي إصابة المجني عليه بالعدوى – **وهذا هو الركن المعنوي** –.

وصفوة ما سبق، أن جريمة نقل العدوى عمداً من الجرائم التي تتطلب قصداً جنائياً عاماً دون القصد الجنائي الخاص.

قد يقصد الجاني ناقل العدوى فقط الاعتداء على جسد الغير من خلال نقله للعدوى، إلا أن النتيجة قد تتجاوز ما قصده الجاني حقاً، ويترتب على فعل نقل العدوى وفاة المجني عليه، فهل يمكن مساءلته عن جريمة القتل العمد استناداً إلى القصد الجنائي الاحتمالي؟

لقد عرف الفقه[٩٧] القصد الاحتمالي بأنه قصد الجاني إحداث نتيجة معينة مع احتمال أن يولد فعله نتائج أخرى إلا أنه تقبّل النتيجة وقبل بالمخاطرة، كما عرفه البعض[٩٨]بأنه توقع النتيجة الإجرامية كأثر ممكن للفعل ثم قبولها، وعرفه آخرون[٩٩] بأن يحدث الفعل نتائج أخطر من النتائج التي توقعها أو كان من واجبه أن يتوقعها.

---

(٩٥) د. فيصل عبد الله الكندري وأ. د. غنام محمد غنام، مرجع سابق، ص ٣٦٢.
(٩٦) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ٧٠٢ وما بعدها.
(٩٧) د. عبّود السرّاج، مرجع سابق، ص ١٤٢.
(٩٨) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ٦٩٠.
(٩٩) د. عبد الوهاب حومد، شرح قانون الجزاء الكويتي، مرجع سابق، ص ١٠٠.

ويتضح من هذه التعريفات ثلاثة شروط تستوجب قيام القصد الاحتمالي هي[١٠٠]:

١ - إرادة ارتكاب سلوك معين.

٢ - أن يتوقع الجاني حصول نتيجة أخرى غير التي قصدها.

٣ - أن يقبل النتائج الأخرى المترتبة على سلوكه دون اكتراث بها.

وبهذا يقوم القصد الاحتمالي على العلم الذي يتمثل في توقع الجاني للنتيجة كأثر ممكن لفعله، وأن تتجه إرادته إلى النتيجة[١٠١]، فعندما يريد الجاني إتيان سلوك متمثل بنقل العدوى، مع توقعه بأنها قد تؤدي لوفاة المجني عليه إلا أنه يقبل استكمال هذا السلوك مستوياً معه حدوث الوفاة من عدمها، فإنه يمكن مساءلته عن جريمة القتل العمد استناداً إلى القصد الاحتمالي، وتجب الإشارة إلى أن نوع العدوى محل اعتبار في تكوين التوقع بذهن الجاني، حيث إن توقع الجاني بحدوث الوفاة إذا نقل عدوى الإنفلونزا الموسمية يختلف عن توقعه بحدوثها إذا نقل مرض الأيدز، ولا يجب فقط توقع النتيجة إنما يجب قبولها، فالطبيب الذي يعالج مريض في عملية جراحية خطيرة يتوقع حدوث وفاته إلا أنه يأمل في نجاح العملية لا يتوافر لديه القصد الاحتمالي إذا توفى المريض؛ لأنه لم يريد النتيجة وهي الوفاة.

كما لا يمنع مساءلة المتهم عن جريمة الضرب المفضي إلى الموت إذا حدثت الوفاة؛ ذلك أن هذه الجريمة يقوم فيها الجاني بضرب المجني عليه أو جرحه أو إيذائه أو بإعطائه مواد مخدرة قاصداً ذلك ولكنه لا يقصد قتله، فتحدث وفاة المجني عليه بسبب ذلك الفعل[١٠٢]، مع مراعاة مدة سنة من وقت حدوث الإصابة إلى وقت الوفاة حتى لا تقطع العلاقة السببية.

(١٠٠) د. فايز عايد الظفيري، مرجع سابق، ص ٣٦٢.

(١٠١) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ٦٨٩.

(١٠٢) د فيصل عبد الله الكندري وأ. د. غنام محمد غنام، مرجع سابق، ص ٢٨٣.

(١٠٣) د. عبد الوهاب حومد، الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية، الطبعة الخامسة ١٩٩٥، ص ٢٥، جامعة الكويت.

المبحث الثالث
النطاق الإجرائي والعقابي للتجريم

سوف تناول في هذا المبحث الأشخاص المخولين بتطبيق أحكام هذا القانون والتي تثبت لهم صفة الضبطية القضائية (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى بعض وسائل الإثبات المتعلقة بهذه الجريمة (المطلب الثاني)، مروراً بالعقاب المعقود على ناصية الجريمة (المطلب الثالث).

المطلب الأول
صفة الضبطية القضائية

لقد رأى المشرع بثاقب نظره أن مصلحة العدالة ومصلحة الأشخاص العامة تتحقق إذا سبق إحالة المتهم إلى المحاكمة مرحلتان يتم فيهما التروي وتنخل المعلومات من مختلف الأقوال(١٠٣)، حيث تكون المرحلة الأولى مرحلة البحث والتحري(١٠٤) وهي مرحلة تمهيدية لنشوء الخصومة الجنائية تجري بعد وقوع الجريمة لجمع الدلائل التي تدل على وقوعها وعلى مرتكبها(١٠٥)، أما المرحلة الثانية فهي مرحلة التحقيق الابتدائي(١٠٦) وهي مجموع الإجراءات الرامية إلى التوصل لجمع الأدلة بقصد الكشف عن الحقيقة والتثبت من كل جريمة تسند إلى السلطة التي خصها القانون بذلك للبحث فيها لمعرفة الجناة قبل المحاكمة(١٠٧).

وترجع العلة التي جعلت المشرع يضع مرحلتين تسبقان مرحلة المحاكمة إلى الأصل المقرر في البراءة، حيث إن الأصل في المتهم براءته، فلا تجوز معاملته بوصفه مداناً ما لم يصدر حكم قضائي بإدانته(١٠٨)، وهو ما أكده الدستور الكويتي في المادة ٣٤ حيث نص على أن:

(المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع، ويحظر إيذاء المتهم جسمانياً أو معنوياً).

---

(١٠٤) د. مشاري العيفان ود. حسين بوعركي، الوسيط في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي، الجزء الأول، الطبعة الثانية أغسطس ٢٠١٧، ص ٧٣، دون دار نشر.

(١٠٥) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الكتاب الأول، الطبعة العاشرة (مطورة) ٢٠١٦، ص ٦٨٥، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع.

(١٠٦) د. مشاري العيفان ود. حسين بوعركي، مرجع سابق، ص ٢٣٩.

(١٠٧) د. فاضل نصر الله ود. أحمد حبيب السماك، مرجع سابق، ص ٢٤٥.

(١٠٨) د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ١٣٣.

ولأجل تحقيق الغاية التي ابتغاها المشرع للوصول إلى مصلحة العدالة ومصلحة الأشخاص، فقد أناط المشرع الدستوري النيابة العامة في المادة ١٦٧ مباشرة الدعوى العمومية باسم المجتمع ومنحها حق الإشراف على شؤون الضبط القضائي، وهي بدورها تباشر المرحلة الثانية التي تسبق إجراءات المحاكمة كأصلٍ عام، أما بالنسبة للمرحلة الأولى فالذي يختص بها هم رجال الضبطية القضائية، وحتى نعرف من هم رجال الضبطية القضائية فينبغي التعريف بهم والإلمام بمهامهم.

إن الضبطية القضائية هي السلطة المختصة للقيام بإجراءات التحري والاستدلال والتي تتشكل في غالبيتها من رجال الشرطة الذين يتولون مهام البحث والتنقيب عن الجريمة ومحاولة كشف الغموض المحيط بارتكابها وإزالة الملابسات المتعلقة بها بهدف كشف حقيقتها(١٠٩)، وعليه فإن القائمين على إجراء التحريات وجمع الاستدلالات ممن تثبت لهم صفة رجال الضبطية القضائية هم رجال الشرطة(١١٠)، وذلك حسب الثابت في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي بالمادة ٣٩، إلا أن صفة الضبطية القضائية لا تثبت لرجال الشرطة في جل الأحوال بل في غالبها، ذلك أن هذه الصفة تثبت لهم أصالةً في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية وهو النص العام المنظم لإجراءات المحاكمات، الذي بدوره منح رجال الشرطة صفة الضبطية القضائية ذات الاختصاص العام في مباشرة إجراءات التحري في شأن أي جريمة(١١١)، إلا أن المشرع خرج عن هذا الأصل وقرر في قوانين خاصة ثبوت صفة الضبطية القضائية ذات الاختصاص النوعي إلى موظفي هيئة أسواق المال وموظفي وزارة الإعلام وكذلك إلى موظفي بلدية الكويت(١١٢)، وعلى أثر ذلك تعتبر هذه القوانين الخاصة قد قيدت أحكام القاعدة العامة في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية، لأنه كما هو معلوم أن القاعدة الخاصة اللاحقة تعتبر مقيدة ومحددة لنطاق تطبيق القاعدة العامة في حال التعارض(١١٣).

---

(١٠٩) د. محمد علي السالم آل عياد الحلبي، اختصاص رجال الضبط القضائي في التحري والاستدلال والتحقيق، الطبعة الثانية، ص ٩، ذات السلاسل للطباعة والنشر والتوزيع.

(١١٠) د. مبارك عبد العزيز النويبت، الوسيط في شرح قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي، الطبعة الثانية ٢٠٠٨، ص ٤٠، دون دار نشر.

(١١١) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، تنقيح د. فوزية عبد الستار، الطبعة السادسة ٢٠١٨، ص ٤١٩، دار المطبوعات الجامعية.

(١١٢) د. مشاري العيفان ود. حسين بوعركي، مرجع سابق، ص ١٢٨.

(١١٣) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أصول القانون، الجزء الأول، نظرية القانون، ٢٠٠٦، ص ٣١٧، جامعة الكويت، لجنة التأليف والتعريب والنشر.

ومن خلال ما سلف، وبالرجوع إلى القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ فإن المادة ١٣ حددت صراحةً لمن تثبت صفة الضبطية القضائية وذلك بقولها إن:

(لمندوبي وزارة الصحة العامة المخولين من قبلها الحق في دخول المساكن، إذا دعت الضرورة للبحث عن المرضى بالأمراض السارية، أو إجراء التطهير أو التطعيم اللازم أو الكشف على المخالطين، وعليهم إبراز ما يثبت شخصيتهم قبل الدخول إلى المساكن، وأن يخطر المختار وصاحب المسكن أو من ينوب عنه مقدماً بذلك).

ويتضح من خلال هذا النص أن ثبوت صفة الضبطية القضائية لمندوبي وزارة الصحة المخولين من قبلها للقيام بإجراءات البحث والتحري عن الأمراض السارية Infection Diseases المحددة في الجدول المرفق بالقانون المذكور، إلا أننا لنا تعليق في هذا الشأن:

إن المشاهد للتطور التاريخي لنظام الخدمة المدنية في الكويت سيجد أن الخدمة المدنية نظمت لأول مرة بموجب نظام الموظفين والتقاعد الذي صدر عام ١٩٥٣ وقد وضع موضع التنفيذ عام ١٩٥٥، ثم صدر بعد ذلك كادر عمال الحكومة الذي وافقت عليه اللجنة التنفيذية العليا في ١٩٥٥/٨/٣٠ وتم العمل به بأثر رجعي، ثم ألغي هذان التشريعان عام ١٩٦٠ وحلت محلهما ثلاثة تشريعات وضعت لتنظيم أحكام الخدمة المدنية، ولأجل تلافي العيوب التي صاحبت التشريعات الثلاثة فقد صدر المرسوم رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ الخاص بالخدمة المدنية في الكويت وبعض القوانين المتعلقة بذات الشأن لاغيةً بذلك التشريعات السابقة[١١٤].

وبالنظر إلى القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ فإنه قد صدر في ظل التشريعات الثلاثة الملغاة، أي قبل صدور قانون الخدمة المدنية، ومؤدى ذلك أن بعض المسميات الوظيفية اختلفت وبعضها قضى عليها الدهر، فلكي نقرر صفة الضبطية القضائية يجب أن نحدد من هم مندوبو وزارة الصحة، هل هم العاملون في وزارة الصحة؟ وإن كانوا هم العاملين في وزارة الصحة، فما طبيعة عملهم واختصاصهم الوظيفي؟ وفي حقيقة الأمر إن هذه السقطة التي سقط بها المشرع الكويتي ليست الأولى، حيث إننا إذا نظرنا على سبيل المثال إلى قانون حماية الأموال العامة رقم ١ لسنة ١٩٩٣ والمعدل بالقانون رقم ٣١ لسنة ٢٠٠٤ الصادر بتاريخ ١٩٩٣/٢/٧[١١٥]، فإنه قد

---

(١١٤) د. عادل الطبطبائي، قانون الخدمة المدنية الكويتي الجديد، كلية الحقوق جامعة الكويت ١٩٨٣، ص ١٤، ذات السلاسل.

(١١٥) المستشار/سعود يوسف الصانع، محاضرات في مادة جرائم الفساد وإجراءات الضبط والتحقيق، ص ٤٣، دورة وكلاء النائب العام الدفعة ١٨.

نص في المادة ١١ على معاقبة كل موظف عام أو مستخدم أو عامل كلف بالمفاوضة أو التعاقد مع أي جهة، علماً بأن العامل هو من يؤدي أعمالاً يدوية في إحدى الدوائر الحكومية ويتقاضى أجراً يومياً(١١٦)، وبالنظر إلى قانون الخدمة المدنية الصادر بالمرسوم رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ بتاريخ ١٩٧٩/٤/٤ فإنه قد ألغى حكماً التفرقة بين الموظف والمستخدم والعامل(١١٧)، فهل يعقل أن من يؤدي أعمالاً يدوية يكلف بالمفاوضة وإبرام الصفقات؟ أم أن المشرع قد وضع المستخدم والعامل دون أن يدرك طبيعة عملهم وشمولهم بالنص أم لا؟

لذلك نعتقد أن المشرع عند التعديل الأخير وإضافة جريمة نقل العدوى عمداً لم يتدارك تعديل مسمى مندوبي وزارة الصحة، إذ إن القانون الذي صدر في رحابة القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ قد ألغي، مما يستوجب تعديل المسمى الوظيفي لهم، كما يجب أيضاً على المشرع أن يعي معنى الألفاظ التي يحددها في النص التشريعي، إذ أننا رأينا في قانون الأموال العامة على الرغم من اندثار وظيفة العامل إلا أنه نص عليه في إبرام الصفقات، فكان الأجدر عليه أن ينتبه لهذا الأمر لما يترتب عليه من آثار قانونية تجهد المحاكم في تفسير المغزى من النص والقصد من مندوبي وزارة الصحة، ولا يغيب عن ذهن القارئ الكريم أنه لا اجتهاد مع النص الصريح إلا إذا اكتنف النص غموض، فإنه يستوجب تفسيره بالمتاح من أساليب التفسير(١١٨)، فإن تعذر التفسير فسّر الشك لصالح المتهم(١١٩).

وكنا نتمنى أن ينأى المشرع بنفسه عن ذلك ويحذو حذو المشرع الإماراتي، حيث قرر المشرع أن صفة الضبطية القضائية تثبت لموظفي الوزارة والجهة الصحية المختصة(١٢٠).

وأخيراً نرى وجاهة إسناد صفة الضبطية القضائية إلى السلطات الصحية للكشف عن هذه الجرائم والقبض على المتهمين فيها ممن يحملون هذا المرض نظراً للحالة الصحية للمتهم التي يواجهونها، مما يستلزم أن يكونوا أصحاب اختصاص

(١١٦) المستشار/سعود يوسف الصانع، مرجع سابق، ص ٣٣.

(١١٧) المستشار/سعود يوسف الصانع، مرجع سابق، ص ٤١.

(١١٨) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ١٠٧.

(١١٩) د. فايز عايد الظفيري، مرجع سابق، ص ١٥٠.

(١٢٠) دائرة القضاء، مرجع سابق، ص ٤٠.

ودراية حتى يستطيعوا التعامل مع المتهم دون أن يسهم في نقل العدوى لهم أو للغير مع اتخاذ باقي الإجراءات لمكافحة العدوى.

المطلب الثاني
أدلة إثبات الجريمة

لقد لمسنا من خلال إعدادنا لهذه الدراسة المتواضعة صعوبة إثبات جريمة نقل العدوى عمداً في بعض الحالات إلا أنها لا تعني الاستحالة، فيستطيع وكيل النيابة – باعتبارها جناية – استظهار كافة أدلة الإثبات التي تدين المتهم والتي تكمن – وهي على سبيل المثال – في الآتي:

١ – يستطيع وكيل النيابة أثناء مرحلة التحقيق الاستعانة بالخبراء لإبداء رأيه في مسألة متعلقة بالتحقيق وذلك وفقاً لنص المادتين ١٠٠ و١٠١ من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي(١٢١)، حيث إنه وبالاستعانة بالأطباء المتخصصين فإنه يمكن تحديد فترة إصابة الجاني بالفيروس وفترة إصابة المجني عليه، حيث إن للمحكمة كامل الحرية في تقدير القوة التدليلية للتقرير المقدم إليها، ولا يجوز مجادلتها في ذلك إذا اطمأنت لما جاء به التقرير(١٢٢)، فمثلاً إذا كانت فترة إصابة المتهم تقدر بحوالي ٤ أسابيع وعلم بها وكانت فترة إصابة المجني عليه بالعدوى تقدر خلال أسبوع وكانت بعد التقائه بالمتهم فإننا نستطيع أن نقول أن هنالك قرينة قضائية، والقرينة القضائية هي استنتاج واقعة مجهولة من أخرى معلومة من خلال الواقعة المجهولة المراد إثباتها من الأخرى الثابتة والتي تتم من خلال عملية ذهنية تبحث عن الصلة المنطقية بين الواقعتين(١٢٣)، وللقاضي أن يستخلص منها اقتناعه(١٢٤) حيث إن الأصل في المحاكمات الجزائية اقتناع

---

(١٢١) اللواء د. فهد إبراهيم الدوسري، الأدلة المادية الجنائية في عصر المعرفة، ١٤٤٠هـ - ٢٠١٩م، ص ٥٠، مكتبة الفلاح الأولى.

(١٢٢) الطعن بالتمييز رقم ٣٣٧ لسنة ٢٠٠٧ جزائي، مجلة القضاء والقانون، عن الفترة من ٢٠٠٨/١/١ إلى ٢٠٠٨/٣/٣١، ذو القعدة ١٤٣٢هـ أكتوبر ٢٠١١م، السنة السادسة والثلاثون، الجزء الأول، ص ٥٥٢، وزارة العدل، محكمة التمييز المكتب الفني.

(١٢٣) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص ٥٠٩.

(١٢٤) د. مشاري العيفان ود. حسين بوعركي، الوسيط في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي، الجزء الثاني، الطبعة الثانية نوفمبر ٢٠١٧، ص ٢١٢، دون دار نشر.

القاضي بناء على الأقوال المطروحة عليه، فله أن يكون عقيدته من أي دليل أو قرينة يرتاح إليها ما لم يقيده القانون بدليل معين(١٢٥).

٢ - الاستعانة بالشهود للإدلاء بشهادتهم - إن وجدوا - لإثبات تواجد المتهم برفقة المجني عليه، وذلك لأن شهادة الشهود تعتبر من طرق الإثبات المباشرة(١٢٦) المساعدة في تكوين الاتهام أو إهداره، حيث إن قيمة الشهادة كدليل إثبات في الدعوى الجزائية كبيرة؛ إذ إن البحث يرد فيها على وقائع مادية، والوسيلة الأساسية لإثبات هذه الوقائع هي الشهادة(١٢٧)، وللمحكمة أن تستخلص من أقوال الشهود وسائر العناصر المطروحة أمامها الصورة الصحيحة لواقعة الدعوى(١٢٨).

٣ - الاستعانة برجال المباحث وطلب التحريات حول الواقعة لإثبات يوم التقاء المتهم بالمجني عليه؛ وذلك لأن تحريات المباحث معززة للأدلة الأخرى ولا تثريب إذا تم التعويل عليها(١٢٩)، كذلك طلب تحريات عن المجني عليه قبل التقائه بالمتهم.

٤ - سؤال المجني عليه عن الأشخاص الذين خالطهم قبل التقائه بالمجني عليه والتأكد من خلوهم من العدوى لتعزيز أصابع الاتهام الموجهة للمتهم أو لإثبات براءته حتى يقوم وكيل النيابة بدور النيابة التي تعتبر مرآة للحقيقة.

٥ - الأخذ بعين الاعتبار المسافة التي كانت بين المجني عليه والمتهم.

٦ - تفريغ محتوى كاميرات المراقبة - إن وجد - للوقوف على ملابسات الواقعة.

وما سلف ذكره ما هو إلا زمرة من الوسائل المساعدة في الإثبات والتي تختلف من ظروف واقعة لأخرى، وفي الحقيقة فإن الصعوبة لا تكمن بالإثبات فقط إنما بإثبات علم المتهم بأنه مصاب وكيفية استخلاص العلم ووقت العلم بالإصابة، كما أجبنا عليه آنفاً في المبحث الثاني **من هذا البحث.**

---

(١٢٥) الطعن بالتمييز رقم ٣٣٧ لسنة ٢٠٠٧ جزائي، مجلة القضاء والقانون، عن الفترة من ٢٠٠٨/١/١ إلى ٢٠٠٨/٣/٣١، ذو القعدة ١٤٣٢هـ أكتوبر ٢٠١١م، السنة السادسة والثلاثون، الجزء الأول، ص ٥٥٢، وزارة العدل محكمة التمييز المكتب الفني.

(١٢٦) د. مشاري العيفان ود. حسين بوعركي، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص ١٨٥.

(١٢٧) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٨٨٣.

(١٢٨) الطعن بالتمييز رقم ١٤٦ لسنة ٢٠٠٧ جزائي، مجلة القضاء والقانون، عن الفترة من ٢٠٠٧/٧/١ إلى ٢٠٠٧/١٢/٣١، رجب ١٤٣٢هـ أكتوبر ٢٠١١م، السنة السادسة والثلاثون، الجزء الأول، ص ٥٥٢، وزارة العدل محكمة التمييز المكتب الفني.

(١٢٩) الطعن بالتمييز رقم ٤٥٥ لسنة ٢٠٠٧ جزائي، مجلة القضاء والقانون، عن الفترة من ٢٠٠٨/١/١ إلى ٢٠٠٨/٣/٣١، ذو القعدة ١٤٣٢هـ أكتوبر ٢٠١١م، السنة السادسة والثلاثون، الجزء الأول، ص ٥٩٧، وزارة العدل محكمة التمييز المكتب الفني.

كما يمكننا استنباط قيام الجريمة من عدمها إذا أقدم المتهم على السعال أو العطاس من مسافة قريبة عند المجني عليه ولم يتخذ الإجراءات والاحتياطات الصحية لتغطية أنفه أو فمه، فلم يعد خافياً على أحد أن تاريخ دخول هذا الفيروس المستجد إلى الكويت كان في ٢٤ فبراير ٢٠٢٠ والذي كان لوزارة الصحة دور بارز في توضيح الإجراءات الواجب اتباعها للوقاية من هذا الفيروس، وقد سبقتها منظمة الصحة العالمية، كذلك استحداث المشرع نص نقل العدوى عمداً من خلال التعديل على المادة ١٧ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ المنشور بتاريخ ٢٠٢٠/٣/٢٩، فنظراً لجميع هذه المعطيات وترتيباً عليها، فإن قيام المتهم بالعطاس أو السعال عند المجني عليه دون أخذ الاحتياطات الصحية الواجبة، فهذا إما أن يكون استهتاراً أو سوء نية من المتهم، وهذه جلها مسألة إثبات لمحكمة الموضوع استخلاص ظروف وملابسات الواقعة، مع الأخذ بعين الاعتبار صعوبة الإثبات في بعض طرق نقل العدوى التي حددتها منظمة الصحة العالمية، والجدير بالذكر أن مسألة العطاس لا إرادية تزيل صفة العمدية عن الجريمة، إلا أنها تضفي العمدية على الجريمة إذا أراد المتهم نقل العدوى للغير وتعمد استنشاق بعض العطورات المركزة أو التوابل أو استنشاق رائحة بعض أنواع الطعام التي تسبب له حساسية، أو إذا كان مصاباً بالزكام مع علمه بالإصابة في العدوى فإنه متوقع في ذهنه بأنه سوف يعطس عاجلاً أو آجلاً، فتوافر جميع الأفعال السابق ذكرها مع إرادته لنقل العدوى تضفي صفة العمدية على تلك الأفعال، لذلك إذا عطس من مسافة قريبة باتجاه المجني عليه دون اتخاذ الاحتياطات الصحية اللازمة كعدم تغطيته لأنفه وفمه، فإنه حسب رأينا تتوافر العمدية في الجريمة؛ لأنه إما أن يكون قد تعمد سلوك الدرب المؤدي إلى عطاسه حتى ينقل عدواه إلى المجني عليه، أو أنه تعمد عدم اتخاذ الاحتياطات الصحية اللازمة بغية نقل العدوى، كذلك تقوم الجريمة إذا قام المتهم المصاب بالفيروس بالبصق أو السعال على رجال الشرطة عند القبض عليه تمهيداً لإيداعه في المستشفى المخصص للأمراض السارية.

أيضاً يمكن تصور نقل العدوى عمداً عندما يقوم المتهم بوضع لعابه على الطعام أو على كوب من القهوة تمهيداً لتقديمه إلى المجني عليه حتى يأكل الطعام أو يشرب القهوة، أو أن يقوم المتهم بنشر لعابه على مقبض أبواب البيت أو السيارة أو على يده قاصداً نقل العدوى للغير.

وننوه ثانيةً إلى أن طرق الإصابة بالعدوى على سبيل المثال لا الحصر، فقد يتم اكتشاف طرق جديدة مستقبلاً تتم عن طريق تبرع المتهم بالدم إلى المجني عليه مثلاً، لذلك ما يهمنا هو الغاية في النشاط أو السلوك المؤدي إلى نقل العدوى حتى نحدد أدلة الإثبات الكاشفة عن الجريمة، ولا عبرة بالوسائل المتغيرة.

المطلب الثالث
العقاب

إن العقوبة هي جزاء جنائي يتضمن إيلاماً مقصوداً يقرره القانون ويوقعه القاضي على من تثبت مسؤوليته عن الجريمة[١٣٠]، كما تحيط بالعقوبة عدة مبادئ يجب أن تراعى عند إنزالها على المتهم، وبالنظر إلى العقاب المرصود لجريمة نقل العدوى عمداً فإن المشرع نص في المادة ١٧ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ المعدل بالقانون رقم ٤ لسنة ٢٠٢٠ على أن:

(كل من علم أنه مصاب بأحد الأمراض السارية وتسبب عمداً في نقل العدوى إلى شخص آخر يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز عشر سنوات وبغرامة لا تزيد على ثلاثين ألف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين).

ويتبين من هذا النص الآتي:

١ - رصد المشرع عقوبة الحبس مدة لا تجاوز عشر سنوات لجريمة نقل العدوى عمداً.

٢ - رصد المشرع الكويتي عقوبة الغرامة التي لا تزيد على ثلاثين ألف دينار لجريمة نقل العدوى عمداً.

ولنا ثلاث ملاحظات على العقوبة التي أدرجها المشرع نوردها بالآتي:

أولاً: إن المشرع الكويتي لم يعرف تقسيم تجريم الأمراض السارية بحسب خطورتها وجسامتها، بل جعل جميع الأمراض السارية على حد سواء، ونرى أن عقوبة الحبس مدة لا تزيد على عشر سنوات مناسبة وغير مناسبة في آنٍ واحد، حيث إننا إذا أردنا معرفة تناسب العقوبة مع الجريمة يجب النظر إلى أمرين: الأول تناسبها مع جسامة مادياتها، والثاني تناسبها مع مقدار الإثم والخطيئة فيها[١٣١]، حيث إن النص على عقوبة الحبس مع اختلاف الإثم الجنائي والضرر المترتب فيه إخلال بمبدأ من المبادئ المحيطة بالعقوبة وهو مبدأ عدالة العقوبة[١٣٢]، ويرجع سبب ذلك – برأينا – إلى أن العقوبة تكون مقابل جريمة، ومن العدل أن يقابل شر الجريمة شر العقوبة

(١٣٠) د. علي عبد القادر القهوجي، علم الإجرام وعلم العقاب، ١٩٨٧، ص ٢٢٨، الدار الجامعية للطباعة والنشر.

(١٣١) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ٧٧٠.

(١٣٢) د. فايز عايد الظفيري، مرجع سابق، ص ٤٦٣.

المتربصة لها[١٣٣]، لذلك يجب دائماً أن تكون العقوبة مناسبة للفعل الإجرامي المعين، وخير مثال على عشوائية المشرع في اختيار العقوبات أنه يعاقب على من نقل فيروس Human Immune Deficiency Virus والمسبب لمرض AIDS الأيدز، بالحبس مدة لا تجاوز سبع سنوات وبغرامة لا تجاوز سبعة آلاف دينار[١٣٤].

لذلك نعتقد عدم معقولية معاقبة المشرع المتهم بنقل مرض الأيدز بالحبس الذي لا يتجاوز سبع سنوات المؤدي إلى الوفاة حتماً، وفي المقابل يعاقب من ينقل فيروس الإنفلونزا – متباين الجسامة – بالحبس مدة لا تجاوز عشر سنوات، بل حتى الغرامة كذلك متباينة في التشريعين، كما نرى عدم معقولية معاقبته لناقل عدوى الطاعون أو الكوليرا كمثل ناقل عدوى فيروس الإنفلونزا وغيره من الأمراض التي لا تشكل ضرراً كبيراً مقارنةً بالباقي.

ثانياً: لم يشدد المشرع العقوبة في جريمة نقل العدوى إذا كان ناقلها طبيباً أو صيدلياً أو من العاملين في المهن المعاونة للطب والصيدلة وغيرهم كما في عقوبة جريمة الإجهاض المنصوص عليها بالمادة ١٧٤ الفقرة ٢ من قانون الجزاء، ونرى ضرورة التشديد لأنهم أصحاب مهنة نبيلة إنسانية وشريفة، ولما كان من يمتهن هذه المهنة هو الملاذ بعد الله – فائق التبجيل – ويظهر بمظهر الطمأنينة للمرضى الضعفاء، فيجب أن يصلى بأشد أنواع العقوبات نظراً لفعل الخيانة والخسّة الذي يتمثل بنقل العدوى ممن يعتبر صماماً للأمان.

ثالثاً: نرى أن عقوبة الغرامة التي رصدها المشرع والتي لا تزيد على ثلاثين ألف دينار مناسبة، ولكنه أغفل تحديد الحد الأدنى لها، بمعنى أن الغرامة في هذه الجريمة تبدأ من دينار واحد وتنتهي بثلاثين ألف دينار، لذلك كان من المفترض – برأينا المتواضع – تحديد الحد الأدنى لها، كذلك كان من المفترض تقسيم الغرامة وفقاً لتقسيم الأمراض السارية بحسب خطورتها وجسامتها ومن ثم تقدير الغرامة لكل فئة.

لقد واجهت بعض الآراء[١٣٥] عند إعدادي لهذه الدراسة المتواضعة التي تنتقد عقوبة الحبس في جريمة نقل العدوى عمداً استناداً إلى أن جريمة نقل فيروس كوفيد-١٩ مبالغ فيها، بفرض أن هنالك احتمالية لشفاء المصاب من هذا الفيروس،

---

(١٣٣) د. علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص ٢٢٨.

(١٣٤) المادة ١٥ الفقرة ٢ من المرسوم بقانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٩٢ بشأن الوقاية من مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب (الإيدز).

(١٣٥) الأستاذ المحامي/ أحمد عادل الكندري، الكويت، مايو ٢٠٢٠.

مما يعني أنه قد يحكم على المتهم بالحبس مدة عشر سنوات ثم يتشافى المجني عليه، وقد بنيت هذه الآراء على أساسين هما:

الأول: المبالغة في عقوبة جريمة نقل عدوى فيروس كوفيد-١٩.

الثاني: عدم معقولية العقوبة نظراً لاحتمالية شفاء المجني عليه.

ونوجز بالرد على هذين الأساسين بالآتي:

١ - إن الدفع بالمبالغة في عقوبة جريمة نقل عدوى فيروس كوفيد-١٩ غير قويم، ذلك أن مصادفة استحداث النص التجريمي بظروف انتشار الوباء أحدثت لبساً مما جعلهم يختزلون النص المستحدث بأنه مخصص لفيروس كوفيد-١٩ وهذا غير صحيح، لأن النص الجديد يتضمن نقل عدوى مرض من الأمراض السارية عمداً، والأمراض السارية قد حددت بالجدول الملحق بالقانون، وبهذا يكون النص قد جاء على إطلاقه دون تخصيص لفيروس كوفيد-١٩.

٢ - إن الدفع بعدم معقولية العقوبة نظراً لاحتمالية شفاء المجني عليه ممن أصيب بفيروس كوفيد-١٩ غير سديد، حيث إن العلة من تشديد العقوبة يرجع إلى خطورة هذه الجريمة لتحقق الردع المناسب[١٣٦]، ويرجع سبب تشديد العقوبة إلى أنها شاملة جميع الأمراض وغير مخصصة لمرض دون الآخر، كما أن ناقل العدوى للغير عمداً يتصف بالجبن والخسة لأنه عندما ينتهك سلامة جسد الغير وصحتهم يؤدي ذلك إلى تفاقم عدوى خطيرة تفتك بالمجتمع، فالمسألة هي مسألة بقاء أو فناء، كما أن تفشي العدوى تسبب أيضاً أضراراً اقتصادية واجتماعية وخلافه، فلا ينبغي التساهل مع هذا النوع من المتهمين ويجب زجرهم بشدة حفاظاً على ديمومة المجتمع واستقراره، أما بشأن احتمالية الشفاء فإذا نظرنا إلى عقوبة جريمة السرقة بالمادة ٢٢٤ من قانون الجزاء وهي الحبس مدة لا تجاوز عشر سنوات، فإن هنالك احتمالية من رد المال المسروق، وبالتالي يتضح أن الغرض من التجريم هو التشديد تحقيقاً للردع، فالقاعدة القانونية تستهدف تحقيق العدل[١٣٧] وإذا سلمنا إلى التخفيف في حالة الشفاء فإن القاعدة القانونية سوف تفتقد مبدأً من مبادئها المتمثل بمبدأ العدل[١٣٨].

(١٣٦) د. عبد الوهاب حومد، شرح قانون الجزاء الكويتي، مرجع سابق، ص ٢٩٧.

(١٣٧) قسم التشريع، الدليل الاسترشادي لصياغة التشريعات، ٢٠١٠، ص ٣١، مجلس الوزراء الفتوى والتشريع.

(١٣٨) قسم التشريع، مرجع سابق، ص ٣١.

الخاتمة:

لقد بلغنا نهاية البحث الذي سلطنا الضوء فيه على جريمة نقل العدوى عمداً والمستحدثة مؤخراً، ولا ريب أن القوانين الوضعية التي هي من صنع البشر تحمل في ثناياها النقص، ولقد كنت في حيرةٍ من أمري وأنا أحاول فهم بعض نصوص قانون الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية المبهمة، لا سميا عدم وجود مذكرة إيضاحية كافية وافية تشفي غليل المعرفة لسبر أغوار النصوص، فعمدت إلى إعمال العقل والبصر في بعض القوانين المشابهة حتى تتكون لدينا نظرة شاملة الأفق تمكنا من إهداء النقد المستحق للنص.

كما سعيت جاهداً إلى البحث عن ثمة سوابق قضائية بشأن نقل العدوى عمداً باعتبار أن القضاء منبع ننهل منه العلم، وإني في هذه الدراسة المتواضعة وضعت ركائز جريمة نقل العدوى مطعّمها بالفرضيات المستحقة دون إسهابٍ مملٍ فيها أو إيجازٍ ينتقص من أهمية وطبيعة الموضوع، مدعماً رأيي المتواضع فيها، فمن أتى بأفضل مما أفصحنا عنه في جعبتنا قبلناه وشكرناه على هذا الإثراء، لأنه باعتقادي أنني لو أفنيت الدهر كله في العلم ما زلت جاهلاً به.

وبعد مناولتنا البحث توصلنا إلى نتائج وتوصيات تتمثل بالآتي:

أولاً – النتائج:

١ – ثبوت صفة الضبطية القضائية لمندوبي وزارة الصحة المخولين من قبلها للقيام بإجراءات البحث والتحري عن الأمراض المعدية، ولم يبين المشرع من المقصود بهؤلاء المندوبين.

٢ – يثبت لوزير الصحة إدراج أو تعديل أو حذف مرض من الأمراض السارية بالجدول بقرار وزاري منه، ولا يمكن إعمال القانون الأصلح للمتهم إذا حذف المرض من الجدول.

٣ – لم ينظم القانون المعني حق السلطات الصحية في عزل الشخص المصاب بمرض معدٍ إذا لم يكن مدرجاً في الجدول.

٤ – تتسم بعض أمراض هذه الجريمة بصعوبة الإثبات.

٥ – صنف المشرع هذه الجريمة من جرائم الضرر التي تتطلب حدوث نتيجة فيها، ويتصور الشروع في حالاته الثلاث فيها.

٦ – لم يختزل المشرع نص جريمة نقل العدوى بفيروس كورونا المستجد حيث جاءت شاملة لجميع الأمراض السارية المدرجة بالجدول.

٧ - الركن المعنوي في هذه الجريمة يتمثل بالقصد الجنائي العام وهو علم الجاني أنه مصاب بعدوى مصنفة ضمن الأمراض السارية المدرجة بالجدول، وأن نقله للعدوى يشكل اعتداءً على جسد المجني عليه وسلامته، مما يؤدي إلى إصابته بالعدوى، وإرادته نقل العدوى عمداً مع إرادته النتيجة المترتبة عليها، ولا تتطلب قصداً جنائياً خاصاً، كما أن علمه بالإصابة يجب أن يكون يقينياً أو حكمياً.

٨ - لا يمكن مساءلة المتهم عن هذه الجريمة إذا نقلها بسبب جهله بالإصابة، ولا يمكن مساءلته عن جريمة نقل العدوى للغير دون قصد لعدم تضمنها في أحكام القانون المعني.

٩ - يمكن مساءلة ناقل العدوى إذا ترتب على نقلها نتيجة أشد استناداً إلى القصد الاحتمالي أو تأسيساً على جريمة الضرب المفضي للموت.

١٠- رصد المشرع عقوبة الحبس مدة لا تجاوز عشر سنوات والغرامة التي لا تزيد عن ثلاثين ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين لجريمة نقل العدوى عمداً، وأغفل عن تقدير حد أدنى للغرامة.

١١- لم يعرف المشرع تقسيم تجريم الأمراض السارية بحسب خطورتها وجسامتها بل جعل جميع الأمراض السارية على حد سواء، وأدرج لها جميعها عقوبة واحدة، ولم يرد ظرف تشديد على ناقلي العدوى ممن يمتهنون الطب والمعاونين لهم وغيرهم.

ثانياً - التوصيات.

١ - نأمل باستحداث أحكام عامة بقانون الاحتياطات الصحية تضع تعريفاً يشرح المقصود بالأمراض السارية، والمصاب، والشخص المشتبه بإصابته، والمخالط، والعزل الصحي، والحجر الصحي، والاستشفاء الإلزامي - في حال رفض المصاب تلقي العلاج -، ومندوبي وزارة الصحة الذين تثبت لهم صفة الضبطية القضائية، مثلما وضعه المشرع الإماراتي في قانون مكافحة الأمراض السارية والتي من شأنها أن تفيد وتخدم العاملين بهذا القانون من أهل الحقل القانوني.

٢ - نأمل بتعديل مسمى مندوبي وزارة الصحة في قانون الاحتياطات الصحية، إذ إن القانون الذي صدر في رحابة القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ قد ألغي، مما يستوجب تعديل المسمى الوظيفي لهم حتى يمكننا الوقوف على المشمولين بصفة الضبطية القضائية.

٣ - نأمل بتعديل شرط الإصابة بمن ينقل العدوى، والمعاقبة على من ينقلها دون اشتراط إصابته بها.

٤ – نأمل بتعديل المادة ٤ من قانون الاحتياطات الصحية وإضافة حق السلطات الصحية في التحفظ وعزل الشخص المصاب بمرض معدٍ لم يدرج بالجدول، على أن يصدر الوزير المختص قراره بإدراج المرض ضمن الجدول بمدة لا تزيد على ٢٤ ساعة من تاريخ التحفظ على المشتبه به أو المصاب بالمرض المعدي، ويكون نص المادة بعد التعديل كالآتي:

"يعزل إجبارياً، في مستشفى الأمراض السارية أو إحدى مصحات الأمراض الصدرية أو أي مستشفى آخر تعده وزارة الصحة العامة، كل شخص مصاب أو مشتبه في إصابته بأحد الأمراض السارية الواردة في القسم الأول من الجدول الملحق بهذا القانون، ويكون العزل بناء على ما يقرره طبيب الصحة المختص. ويستعان بأفراد الشرطة العامة في تنفيذ العزل الإجباري إذا اقتضى الأمر ذلك. ولا يخل تطبيق أحكام الفقرات السابقة بحق وزارة الصحة في عزل أي شخص مصاب أو يشتبه بإصابته بأحد الأمراض السارية غير المدرجة بالجدول القسم – يحدد رقم القسم – على أن يصدر وزير الصحة قراراً منه بإدراج المرض الساري ضمن الجدول بمدة لا تزيد على ٢٤ ساعة من تاريخ التحفظ على المشتبه به أو المصاب بالمرض الساري".

٥ – نأمل إعادة النظر بجدول الأمراض السارية وتقسيمه إلى فئات بحسب جسامة وخطورة الأمراض، ووضع تعريفات لها حتى يتبسط فهمها لمن هم ليسوا من أهل التخصص الطبي، كذلك إدراج العقوبة لكل مرض حسب تقسيمه، مع التشديد على ناقلي العدوى ممن يمتهنون الطب والصيادلة وغيرهم، كذلك وضع حد أدنى للغرامة.

٦ – نأمل بتقسيم الجريمة إلى شقين يحتوي الأول على الأمراض التي تعتبر جرائم خطر، والشق الآخر على الأمراض التي تعتبر جرائم ضرر، مع رصد عقوبة لكل مرض حسب تقسيمه ويكون التجريم كالآتي:

"١ – كل من علم أنه مصاب بأحد الأمراض السارية من الأمراض المدرجة بالقسم – يحدد رقم القسم – من الجدول الملحق بهذا القانون، وعرض شخصاً آخر للإصابة بهذا المرض يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد على عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.

٢ – كل من علم أنه مصاب بأحد الأمراض السارية من الأمراض المدرجة بالقسم – يحدد رقم القسم – من الجدول الملحق بهذا القانون، وتسبب

عمداً في نقل العدوى إلى شخص آخر يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز عشر سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسة عشر ألف دينار ولا تزيد على ثلاثين ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين".

٧ - نأمل باستحداث جريمة نقل العدوى للغير دون قصد لاستكمال المنظومة القانونية الصحية، ويكون نصها كالآتي:

"كل من علم أنه مصاب بأحد الأمراض السارية المدرجة بالجدول - ويحدد القسم - وتسبب عن غير قصد في نقل العدوى إلى شخص آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد على عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين".

وفي ختام هذا البحث: لم تؤتَ البشرية من العلم إلا قليلاً، وقد حظيت من القليل بصاعٍ منه وسعيت جاهداً بأن أجعل هذا نبراس هداية لكل من ضل في بحر القانون حتى أخدم وطني الحبيب الكويت ومرفق القضاء الذي أنتمي إليه وأفتخر بذلك، وكذا مهنة المحاماة التي تشرفت بالعمل فيها لرهط من الزمن.

وأن أسهم ولو بالقدر اليسير في إضافة الجهد المقل للمكتبة الكويتية والعربية القانونية، فالنقصان من جنس البشر والكمال لله - سبحانه وتعالى -، لذا جزى الله خيراً من نبهني إلى خطأ وجده في طيات هذا البحث، وجزى الله خيراً من ينتفع بما فيه من الصواب فيدعو لي من وراء ظهر الغيب دعوة خيرٍ صادقة، آملًا أن أكون قد وفقت في تغطية جميع الأمور المتعلقة بخطة البحث، فإن أصبت فمن الله وحده فله الحمد والشكر وإن أخطأت فمن نفسي ومن الشيطان.

اللهم ألهمني سداد الرأي وصواب القول واهدني إليك صراطاً مستقيماً، ولله الحجة من قبل ومن بعد، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

سبحانك الله وبحمدك أشهد أن لا إله إلا أنت أستغفرك وأتوب إليك.

المراجع

- القرآن الكريم.

أولاً – المراجع الشرعية:

- الترمذي
- الإمام أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، رياض الصالحين، الطبعة الخامسة ١٤٠٣هـ ١٩٨٣م، مؤسسة الرسالة.
- صحيح البخاري.
- سنن أبي داود.
- د. محمد سليمان عبد الله الأشقر، زبدة التفسير من فتح القدير، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ ١٩٨٨م، دولة الكويت، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.

ثانياً – المراجع القانونية:

- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أصول القانون، الجزء الأول نظرية القانون، ٢٠٠٦، جامعة الكويت، لجنة التأليف والتعريب والنشر.
- د. أحمد بن عبد الله آل طالب، الجناية بنقل الأمراض، بحث فقهي مختضر وهو جزء من رسالة دكتوراه في قسم الفقه بكلية الشريعة بجامعة الإمام بعنوان: النوازل في الجنايات، ١٤٤١/٧/٢١هـ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.
- الأستاذ المحامي أحمد عادل الكندري، الكويت، مايو ٢٠٢٠.
- د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الكتاب الأول، الطبعة العاشرة (مطورة) ٢٠١٦، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع.
- اللجنة العلمية، أركان الجريمة والشروع فيها، ٢٠١٨-٢٠١٩، وزارة العدل، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية.
- اللجنة العلمية، جرائم الاعتداء على النفس، ٢٠١٨-٢٠١٩، وزارة العدل، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية.
- اللجنة العلمية، جرائم المخدرات، ٢٠١٨-٢٠١٩، وزارة العدل، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية.
- المرسوم بقانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٩٢ بشأن الوقاية من مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب (الأيدز).

- د. حسين بوعركي، جرائم الشركات ومراقبي الحسابات في قانوني الشركات الكويتي والإماراتي، دراسة مقارنة مع التشريع الفرنسي، الطبعة الأولى ٢٠١٨، شركة مجموعة فورفيلمز للطباعة ذ.م.م.
- دائرة القضاء، قانون مكافحة الأمراض السارية، الطبعة الأولى ٢٠١٧م، دائرة قضاء أبو ظبي.
- المستشار سعود يوسف الصانع، محاضرات في مادة جرائم الفساد وإجراءات الضبط والتحقيق، دورة وكلاء النائب العام الدفعة ١٨.
- د. عادل الطبطبائي، قانون الخدمة المدنية الكويتي الجديد، كلية الحقوق جامعة الكويت ١٩٨٣، ذات السلاسل.
- د. عبد الإله محمد النوايسة، الأوصاف الجرمية لنقل عدوى مرض الأيدز للغير قصداً، مجلة الحقوق، العدد ٢ السنة ٣١، جمادي الآخر ١٤٢٨هـ يونيو ٢٠٠٧م، مجلس النشر العلمي جامعة الكويت.
- د. عبد المهيمن بكر، القسم الخاص في قانون العقوبات، الطبعة السابعة ١٩٧٧، دار النهضة العربية.
- د. عبد الوهاب حومد، شرح قانون الجزاء الكويتي، القسم العام، جامعة الكويت.
- د. عبد الوهاب حومد، الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية، الطبعة الخامسة ١٩٩٥، جامعة الكويت.
- د. عبّود السرّاج، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الجزء الأول نظرية الجريمة، دون دار نشر.
- د. عثمان عبد الملك الصالح، ولاية الدائرة الإدارية في نظر طعون الموظفين (دراسة تحليلية من خلال الفقة وأحكام القضاء)، مجلة الحقوق، مجلد ١٠ العدد ٤ ديسمبر ١٩٨٦، مجلس النشر العلمي جامعة الكويت.
- د. عثمان محمد عبد الله النيل وآخرون، الأدلة الإرشادية للمراقبة الوبائية والإجراءات الوقائية للأمراض المعدية، الطبعة الثانية ٢٠١٧، وزارة الصحة المملكة العربية السعودية، وكالة الصحة، مكتبة الملك فهد الوطنية.
- د. علي عبد القادر القهوجي، علم الإجرام وعلم العقاب، ١٩٨٧ الدار الجامعية للطباعة والنشر.

- د. فاضل نصر الله ود. أحمد حبيب السماك، شرح قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي الطبعة الرابعة ٢٠١٥م، جامعة الكويت، كلية الحقوق.
- د. فايز عايد الظفيري، القواعد العامة في قانون الجزاء الكويتي، نظرية الجريمة والعقاب، الطبعة الخامسة ٢٠١٦-٢٠١٧، مطبعة المقهوي الأولى.
- اللواء د. فهد إبراهيم الدوسري، الأدلة المادية الجنائية في عصر المعرفة، ١٤٤٠هـ - ٢٠١٩م، مكتبة الفلاح الأولى.
- د. فيصل عبد الله الكندري وأ. د. غنام محمد غنام، شرح قانون الجزاء الكويتي القسم الخاص، الطبعة الرابعة ٢٠١٤-٢٠١٥، دولة الكويت، دون دار نشر.
- قانون الجزاء الكويتي.
- قسم التشريع، الدليل الاسترشادي لصياغة التشريعات، ٢٠١٠، مجلس الوزراء، الفتوى والتشريع.
- كويت اليوم، جريدة الكويت الرسمية الصادرة عن وزارة الإعلام.
- د. مبارك عبد العزيز النويبت، الوسيط في شرح قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي، الطبعة الثانية ٢٠٠٨، دون دار نشر.
- مجلة القضاء والقانون، عن الفترة من ٢٠٠٨/١/١ إلى ٢٠٠٨/٣/٣١، ذو القعدة ١٤٣٢هـ أكتوبر ٢٠١١م، السنة ٣٦، الجزء ١، وزارة العدل محكمة التمييز المكتب الفني.
- مجلة القضاء والقانون، عن الفترة من ٢٠٠٧/٧/١ إلى ٢٠٠٧/١٢/٣١، رجب ١٤٣٢هـ أكتوبر ٢٠١١م، السنة ٣٦، الجزء ١، وزارة العدل محكمة التمييز، المكتب الفني.
- د. محمد علي السالم آل عياد الحلبي، اختصاص رجال الضبط القضائي في التحري والاستدلال والتحقيق، الطبعة الثانية، ذات السلاسل للطباعة والنشر والتوزيع.
- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، تنقيح د. فوزية عبد الستار، الطبعة السادسة ٢٠١٨، دار المطبوعات الجامعية.
- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة

للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، الطبعة السابعة ٢٠١٢، دار النهضة العربية.

- مرسوم سلطاني رقم ٩٢/٧٣ بإصدار قانون مكافحة الأمراض المعدية.
- د. مشاري العيفان ود. حسين بوعركي، الوسيط في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي، الجزء الأول، الطبعة الثانية أغسطس ٢٠١٧، دون دار نشر.
- د. مشاري العيفان ود. حسين بوعركي، الوسيط في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي، الجزء الثاني، الطبعة الثانية نوفمبر ٢٠١٧، دون دار نشر.
- د. ممدوح خليل البحر، المسؤولية القانونية عن نقل فيروس الأيدز، المجلد ١٤، العدد ٢٧، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب.
- أ. د. هلالي عبد اللاه أحمد، شرح قانون العقوبات البحريني، القسم الخاص، الطبعة الأولى ٢٠٠٧م، مطبوعات جامعة البحرين.

مراجع الإنترنت:

- www.twtter.com
- www.bbc.com
- www.who.it
- www.alsahra.org
- www.Nature.com
- www.alraimedia.com

The crime of intentionally transmitting Covid-19 infection

Mr. Abdulaziz Bader Ghassab Alzamanan

After the Covid-19 invaded every country and nations, the world now is about to face a new era of malicious crimes. The concept of the malicious crimes is when someone transfer a contagious disease to someone else. The Kuwaiti legislature acted fast toward this new type of crimes because of the impact that may affect the economical and social life in Kuwait.

Furthermore, the seriousness of this situation made the Kuwaiti legislature amends the law regarding the health precautions to prevent communicable diseases, to include convicting anyone who transfers any contagious disease to someone else. Surprisingly, there wasn't any case brought to the Kuwaiti judicial courts regarding transferring a contagious disease to someone else, and that because there was not any judicial precedent in Kuwaiti and Arabian courts regarding this type of crime.

In this research we are intending to give clear, plain and intelligible explanation about this amendment effect in the Kuwaiti courts. The outline for this research will be divided into three chapters. The first chapter will focus on the scope of prohibition and the legal basis. Also, the aspects of the Covid-19 such as the origins of this disease, how can we prevent our self's to be affected with this disease by the guidelines of the Islamic law and the World Health Organization. Moreover, how the legislator amends a new laws for the crime of transmitting the infection intentionally.

The second chapter will go further and illustrate the legal structure regarding the new amendment on the crime of transferring a contagious disease intentionally, by illustrating criminal law main elements, actus reus and mens era.

The third chapter will determine the procedural and punishment scope of the crime, and who has the judicial seizure capacity, passing by the evidence that relates to the crime and the appropriate punishment to the perpetrator.

Lastly, the research will sup up with conclusion containing the most important findings and recommendations, followed by assumptions that simplify the understanding of the amendment and some the of issues that may arise when proofing the crime.

مجلة كلية القانون الكويتية العالمية



مجلة كلية القانون الكويتية العالمية

مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، مجلة علمية محكمة ربع سنوية، تقبل النشر فيها باللغة العربية والفرنسية والإنجليزية، وهي تعنى بنشر كل ما يتصل بميادين اهتمام المجلة، وذلك عن:

- البحوث والدراسات.
- التعليق على أحكام قضائية.
- ملخصات الرسائل الجامعية.
- التقارير العلمية عن الندوات والمؤتمرات.
- عرض الكتب القانونية الجديدة ومراجعتها.



الاشتراكات

	في الكويت	في الدول العربية	في الدول الأجنبية
الأفراد	٣ دنانير	٤ دنانير	١٥ دولاراً
المؤسسات	١٥ ديناراً	١٥ ديناراً	٦٠ دولاراً

ترسل البحوث بعنوان رئيس تحرير مجلة كلية القانون الكويتية العالمية على العنوان التالي:

الكويت – مدينة الدوحة – قطعة 4 – قسيمة 800005   فاكس: 96522280209+

ص.ب: 59062 – الرمز البريدي 93151   www.kilaw.edu.kw

هاتف: 96522280222+ – مباشر: 96522280181+   kilawjournal@kilaw.edu.kw

المحامي

إصدار شهري

«تصدر مؤقتاً كل ثلاثة أشهر»

تعنى بشؤون الأنظمة والمحاماة

أهداف المجلة :

* طرح ومعالجة شتى قضايا العصر ذات الطابع الشرعي والقانوني مع التركيز على إبراز الفقه الإسلامي وتبيان تميزه وشموليته في معالجة تلك القضايا .
* أن تكون ساحة إعلامية لذوي الإختصاص الشرعي والقانوني يقدمون من خلالها البحوث والدراسات ، فضلاً عن التحقيقات الصحفية المتميزة ذات العلاقة .
* نشر الوعي بأهمية المحاماة ، وحاجة الناس إليها والتأكيد على أن المحاماة علم ، وفن ، ورسالة .

دعوة للمشاركة :

* يسر «المحامي» دعوتكم للمساهمة عبر صفحاتها في كل الشؤون الشرعية والقانونية من بحوث ودراسات ومقالات أو تحقيقات .
* تقدم المجلة مكافأة عن المقالات والمواضيع التي تقبلها للنشر .

الاشتراكات: المملكة العربية السعودية : ١٠٠ ريال في السنة (للأفراد والمؤسسات)

الدول الأخرى : ٢٧ دولار أمريكي (للأفراد والمؤسسات)

تدفع الاشتراكات باسم المجلة ، بشيك مسحوب على أحد المصارف السعودية أو بتحويل مصرفي باسم رئيس التحرير : حساب رقم ٥٦٤٩/١ ـ شركة الراجحي المصرفية للاستثمار ـ الرياض ـ فرع الروضة .

توجه جميع المراسلات إلى رئيس التحرير : ص . ب ٦٨٧٤ الرياض (١١٤٥٢)

هاتف : ٤٦٥٢٧٢٥ (٩٦٦١) / فاكس : ٤٦١٣١٥٢ (٩٦٦١)



مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت
صدر العدد الأول منها في يناير عام 1975م

رئيس التحرير

أ. د. عثمـان حـمـود الخضـر

ترحـب المجلة بنشر البحوث والدراسات العلمية المتعلقة بشؤون منطقة الخليج والجزيرة العربية في مختلف المجالات العلمية.

ومن أبوابها

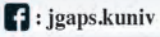
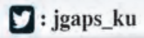
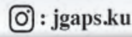
- البحــوث العربيــة
- البحوث الإنجليزية
- البحوث الفرنسيــة

الاشتراكات

ترسل قيمة الاشتراك مقدماً بشيك لأمر - جامعة الكويت
مسحوب على أحد المصارف الكويتية

داخل دولة الكويت : للأفراد : 3 دنانير - للمؤسسات : 15 ديناراً
الــدول العـربيـة : للأفراد : 4 دنانير - للمؤسسات : 15 ديناراً
الدول الغير عربية : للأفراد : 4 دنانير - للمؤسسات : 15 ديناراً

توجه جميع المراسلات باسم رئيس تحرير مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية

ص.ب: 170073 الخالدية - الرمز البريدي: 72451 الكويت
تلفون: 24984067 - 24984066 - 24833705 (965)
البريد الإلكتروني: jgaps@ku.edu.kw
موقع المجلة: www.pubcouncil.kuniv.edu.kw/jgaps
 : jgaps.kuniv
 : jgaps_ku
 : jgaps.ku



المجـــلة العربيــة للعلـــوم الإداريـــــة

Arab Journal of Administrative Sciences

رئيس التحرير: د. علي راشـــد المطيري

- صدر العدد الأول في نوفمبر ١٩٩٣
- علمية محكمة تعنى بنشر البحوث الأصيلة في مجال العلوم الإدارية
- تصدر عن مجلس النشر العلمي في جامعة الكويت ثلاثة إصدارات سنوياً (يناير - مايو - سبتمبر)
- تسهم في تطوير الفكر الإداري واختبار الممارسات الإدارية وإثرائها
- مسجلة في قواعد البيانات العالمية
- تخضع للتقييم الأكاديمي الخارجي

- First issue, November 1993.
- Refereed journal publishing original research in Administrative Sciences
- Published by Academic Publication Council, Kuwait University, 3 issues a year (January, May & September)
- Contributes to developing and enriching administrative thinking and practices
- Listed in several international databases.
- Reviewed periodically by international referees for high academic standards

الاشـــــتراكات

الكويت: 3 دنانير للأفراد - 15 ديناراً للمؤسسات - الدول العربية: 4 دنانير للأفراد - 15 ديناراً للمؤسسات
الدول الأجنبية: 15 دولاراً للأفراد - 60 دولاراً للمؤسسات

توجه المراسلات إلى رئيس التحرير على العنوان الآتي:

المجلة العربية للعلوم الإدارية - جامعة الكويت ص.ب: 28558 الصفاة 13146 - دولة الكويت
هاتف: Tel: (965)24827317 - أو 4734 / 4416 /(965)24984415 - فاكس: Fax: (965)24817028
E-mail: ajas@ku.edu.kw · Web Site: http://www.pubcouncil.kuniv.edu.kw/ajas
ajas_ku
ajas_ku

مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية

فصلية علمية محكمة تصدر عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت
تعنى بالبحوث والدراسات الإسلامية

رئيس التحرير الأستاذ الدكتور: عبدالرزاق خليفة الشايجي

صدر العدد الأول في رجب ١٤٠٤هـ - أبريل ١٩٨٤م

* تهدف إلى معالجة المشكلات المعاصرة والقضايا المستجدة من وجهة نظر الشريعة الإسلامية.
* تشمل موضوعاتها معظم علوم الشريعة الإسلامية: من تفسير، وحديث، وفقه، واقتصاد وتربية إسلامية، إلى غير ذلك من تقارير عن المؤتمرات، ومراجعة كتب شرعية معاصرة، وفتاوي شرعية، وتعليقات على قضايا علمية.
* تنوع الباحثون فيها، فكانوا من أعضاء هيئة التدريس في مختلف الجامعات والكليات الإسلامية على رقعة العالمين: العربي والإسلامي.
* تخضع البحوث المقدمة للمجلة إلى عملية فحص وتحكيم حسب الضوابط التي التزمت بها المجلة، ويقوم بها كبار العلماء والمختصين في الشريعة الإسلامية، بهدف الارتقاء بالبحث العلمي الإسلامي الذي يخدم الأمة، ويعمل على رفعة شأنها، نسأل المولى عز وجل مزيداً من التقدم والازدهار.

جميع المراسلات توجه باسم رئيس التحرير

ص.ب ١٧٤٣٣ - الرمز البريدي: 72455 الخالدية - الكويت هاتف: ٢٤٨١٢٥٠٤ - ٢٤٩٨٤٧٢٣ - ٢٤٩٨٨٠٩٥
فاكس: ٢٤٨١٠٤٣٤

العنوان الإلكتروني: E-mail - jsis@ku.edu.kw

issn: 1029 - 8908

عنوان المجلة على شبكة الإنترنت: http://pubcouncil.kuniv.edu.kw/JSIS

اعتماد المجلة في قاعدة بيانات اليونسكو Social and Human Sciences Documentation Center

في شبكة الإنترنت تحت الموقع www.unesco.org/general/eng/infoserv/db/dare.html

جائحة كورونا بين تاريخ فلسفة حق الاستئثار في براءة الاختراع لحماية الملكية الفكرية ووظيفة الحق الاجتماعية
دراسة تحليلية نقدية

د. بشاير الماجد

ملخص:

عندما ننظر في التاريخ نجد أن فلسفة الاستئثار في حق الملكية الفكرية صيغت لحفظ حقوق الأشخاص في إنتاجهم الفكري، إذ إن الحق الاستئثاري للملكية الفكرية هو بلا شك الحافز المشجع للابتكار والإبداع لدى المخترعين والعلماء، ولكن فلسفة هذا الحق - وإن كانت مهمة - فإنها قد تخفق في بعض الحالات الاستثنائية التي تواجه المجتمع مثل جائحة كوفيد ١٩ -، حيث إن بعض مبادئ قانون الملكية الفكرية الواردة في المعاهدات التي تمت المصادقة عليها من دولة الكويت مثل التربس وبيرن وباريس وقانون ٧١ لسنة ٢٠١٣ بإصدار براءات الاختراع لدول مجلس التعاون الخليجي، وأيضاً قانون حقوق الملكية الفكرية رقم ٧٥ لسنة ٢٠١٩، قد لا تسعفنا في ظل وجود مثل هذه الجائحة.

وقد نرى أحياناً تعسفاً في استخدام الحق الاستئثاري أو قصره فقط على شركات محددة أو حبسه لمدة معينة، وبالتالي يتم إيقاع أضرار جسيمة بالأشخاص والمجتمع، فمبدأ الاستئثار - وإن كان مهماً لحفظ حق صاحب الملكية الفكرية- إلا أنه يجب أن يتماشى مع الفلسفة التاريخية الراسخة؛ وهي أن القانون له أيضاً وظيفة اجتماعية نص عليها الدستور، والمادة ٣٠ من القانون المدني الكويتي.

وهنا تجب الموازنة بين الوظيفة الاجتماعية للحق وحفظ الحق الاستئثاري لصاحب هذه الملكية.

ولذا، أدركت منظمة الصحة العالمية حجم هذه المعضلة، ودعت إلى تبني فكرة جديدة لحقوق الملكية الفكرية؛ ألا وهي إنشاء (مجمع معرفي متاح لحقوق الملكية الفكرية) لعلاج كوفيد ١٩-، وهو نهج جديد سيجعل الأفكار والمعلومات متاحة ومتوفرة للبحث والتطوير.

على ضوء ما سبق، نقدم دراسة تاريخية تحليلية نقدية، ثم نقترح جملة من التوصيات والحلول ممكنة التطبيق في ظل القانون الكويتي.

- Yu P., 'SARS and the Patent Race: An Introduction to the "Patent Law, Social Policy, and Public Interest" Symposium' 22 (2004) Cardozo Arts and Entertainment Law Journal

Conferences

- Draft 'EU proposal for a CONSOLIDATED zero draft on a WHA73: "Covid-19 Response", The Seventy-third World Health Assembly May 2020, Geneva, 15.04.2020, available at: www.statnews.com/wp-content/uploads/2020/04/EU-Proposal-for-a-WHA73-Resolution-on-the-COVID-19-Response.pdf

Letters

- Letter from European Members of Parliament to European Commission, (March 2020), available at: https://haiweb.org/wp-content/uploads/2020/03/MEP-Covid-Letter-March-2020.pdf, accessed 3 May 2020
- Letter from Members of European Parliament, 27 March 2020, available at: https://haiweb.org/wp-content/uploads/2020/03/MEP-Covid-Letter-March-2020.pdf, accessed 5 May 2020
- Letter from the Costa Rican President and Minister of Health to the WHO, dated 23 March 2020, available at: www.healthpolicy-watch.org/wp-content/uploads/2020/03/Picture.png, accessed 5 May 2020

- Shulman S., ’Thinking Like a Virus: The Success of a Global Network in Identifying the Severe Acute Respiratory Syndrome, or SARS Pathogen’ 106 (2003) Technology Review 74
- Silverman, ’Roche Backpedals And Agrees To Provide A Solution For Coivd-19 Tests In The Netherlands’, Stat (27 March 2020)
- Silverman, E., ’WHO Director-General Endorses a Voluntary Intellectual Property Pool to Develop Covid-19 Products’, Stat, April 6 2020
- Sirinelli P., Pierre Sirinelli, ’Exceptions Et Limites Aux Droit D’auteur Et Droits Voisins. Atelier Sur La Mise En Oeuvre Du Traite De LOMPI’, Geneve December 1999, 36
- Souillé R., ’In Case Of A Cure: A Compulsory Licence As The Last Resort’ (University of Leiden Law 2020)
- Steuer E., ’Creative Commons to Steward the Open COVID Pledge’, Open Covid Pledge (27th April 2020)
- Towse A. et al, ’Drugs and Vaccines for Developing Countries’ in The Oxford Handbook of the Economics of the Biopharmaceutical Industry, (Ed. Danzon PM & Nicholson S, Oxford, 2012)
- Torrance AW & Tomlinson B, ’Patents and the Regress of Useful Arts’ 33 (2009) Southern Illinois University Law Journali, 239
- USA Congressional Hearings, ’S. Hrg. 107-440 - Effective Responses To The Threat Of Bioterrorism’ (October 9th 2011), Committee on Health, Education, Labor, and Pensions
- World Trade Organisation (WTO), ’Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health’, Doha WTO Ministerial 2001, WT/MIN(01) /DEC/2
- World Trade Organisation (WTO), ’Compulsory Licensing of Pharmaceuticals and TRIPS’
- Wuhan Institute of Virology, ’Chinese scholars have made important progress in screening anti-2019 new coronavirus drug’, Official statement (translated) (4 Feb. 2020), available at: http://www.whiov.cas.cn/kyjz_105338/202002/t20200204_5497136.html, accessed 21 April 2020
- Xiaoping W and Mengqian Z, (Wanhuida Intellectual Property), ’Patent Applications on Inventions for Pharmaceutical Use’ China Business Law Journal (17 April 2020)

- Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) ’Summary of the Expert Workshop, “Society’s Gain From The Intellectual Property Exchange”’, Chapter 8 in Enquiries into Intellectual Property’s Economic Impact (Report) (2015), 415
- PCT Notification No. 208 Patent Cooperation Treaty (PCT), Accession by the State of Kuwait, June 2016, effective September 2016
- Picciotto S., ’Defending the Public Interest in TRIPS and the WTO’ in P. Drahos & R. Mayne (eds) Global Intellectual Property Rights, (Palgrave Macmillan, London, 2002)
- Public sitting of March 19, 2020 in the French Senate: www.senat.fr/cra/s20200319/s20200319.pdf
- Rakocy T, ’The Open COVID Pledge: What Is It and Is It Right for You?’ 10 (281) (2020) National Law Review
- Reichmann J., Compulsory Licensing Of Pharmaceutical Inventions: Evaluating The Options’, 37(2) (2009) J Law Med Ethics, 247
- Ren, G ’European Parliament Members Urge Open Licensing For COVID-19 Products Financed Through EU Grants’, (27 March 2020) Health Policy Watch
- Resnik D., ’A Biotechnology Patent Pool: An Idea Whose Time Has Come?’ 3(9) (2003) Journal of Philosophy, Science and Law
- Richter S.M. & Hampton LLP, ’Open COVID Pledge Seeks to Make Intellectual Property Available for Use in Ending COVID-19’ JDSupra (17 April 2020)
- Rimmer, M. ’The Race to Patent the SARS Virus: The TRIPS Agreement and Access to Essential Medicines’, 5(2) (2004) Melbourne Journal of International Law, 335
- Sekerka LE & Benishek L, ’Thick as Thieves: Big Pharma Wields its Power with the Help of Government Regulation’, 5 (2018) Emory Law Corporate Governance and Accountability Review, 113
- Shadlen K.C., et al, Intellectual Property, Pharmaceuticals and Public Health: Access to Drugs in Developing Countries, (Edward Elgar Publishing Ltd, Cheltenham 2011
- Shapiro R., ’Patent Infringement During a Time of National Emergency’, 18 (37) (2004) Winsor Rev. Legal & Soc., 50

- Hoen E., 'Covid-19 and comeback of compulsory licencing' (23 March 2020) Medicines Law and Policy
- Gilead Company Statement, 'Gilead Sciences Statement on Request to Rescind Remdesivir Orphan Drug Designation', (2020)
- Hemel D. & Ouellette L. L., 'Want a Corona Vaccine Fast? Here's a Solution' (4 March 2020) Time Magazine.
- Son K.B., 'Importance of the intellectual property system in attempting compulsory licensing of pharmaceuticals: a cross-sectional analysis' 15 (2019) Global Health
- Locke J., Two Treatises of Government (P. Laslett, ed., Cambridge: Cambridge University Press, 1970)
- Lord Neuberger, 'Intellectual Property in the UK and Europe' 'Burrell Lecture for the Competition Law Association, (1 April 2014)
- Love J., 'Open Letter Asking 37 WTO Members To Declare Themselves Eligible To Import Medicines Manufactured Under Compulsory License In Another Country, Under 31bis Of TRIPS Agreement' (7 April 2020) Knowledge Ecology International.
- McCoy M.et al, 'Conflicts of Interest for Patient Advocacy Organizations', 376 (9) (2017) New England Journal of Medicine, 880
- Medicines Patent Pool, 'Who We Are', available at: <https://medicinespatentpool.org/>, accessed 20th April 2020
- Mill JS, Principles of Political Economy, Principles of Political Economy (OUP, 1998, 1st published New York 1862)
- Nag A.D., 'The Bird Flu and the Invoking of TRIPS Article 31 National Emergency Exception' (2007) 34 Syraceuse Journal of International Law & Com 689
- New W, 'It's Official: TRIPS Health Amendment In Effect, First Ever To A WTO Agreement' (23 Jan 2017) Intellectual Property Watch
- Ooms G. and Hanefeld J, 'Threat Of Compulsory Licences Could Increase Access To Essential Medicines', (2019), BMJ 365
- Open COVID Pledge, 'Open COVID License - Patent and Copyright (OCL-PC) 1.1' (17 April 2020)

- Derclaye E. & Taylor T., ’Happy IP: Replacing the Law and Economics Justification for Intellectual Property Rights with a Well-being Approach’, 37 (4) (2015) European Intellectual Property Review
- IQVIA Institute for Human Data Science ’Global Use of Medicine in 2019 and Outlook to 2023 Report’, Jan 19 2019
- Doudna J., Executive Director of the Innovative Genomics Institute of UC Berkeley and UCSF, ’Patent Holders Urged To Take “Open Covid Pledge” For Quicker End To Pandemic’ (9 April 2020)
- Dyer O, ’Covid-19: Trump Sought To Buy Vaccine Developer Exclusively For US, Say German Officials’ 368 (2020) BMJ
- Dziuba D., ’Trips Article 31bis and H1N1 Swine Flu: Any Emergency or Urgency Exception to Patent Protection?’ (Jan 2010) Indiana International & Comparative Law Review
- E. Sukkar, ’Patent pools: an idea whose time has come’, BMJ (2009) 338
- Ehrnsperger J.F. & Tietze F., ’Patent Pledges, Open IP, Or Patent Pools? Developing Taxonomies In The Thicket Of Terminologies’ 14(8) (2019) PLoS ONE
- Eisen M., ’Patent Holders Urged To Take “Open Covid Pledge” For Quicker End To Pandemic’ Infojustice (9 April 2020) (American University Program on Information Justice and Intellectual Property)
- European Commission Press Release, ’Coronavirus: Commission Offers Financing to Innovative Vaccines Company CureVac’ (16 March 2020)
- European Commission, ’Open Licence and Intellectual Property Rights’, Erasmus+ Programme Guide
- European Medicines Agency, ’Orphan Incentives’
- Feldman R. & Ewing T., ’The Giants Among Us’ 1 (2012) Stanford Technology Law Review
- Finnis J., ’What is the Philosophy of Law?’ 59 (2) (2014) The American Journal of Jurisprudence, Volume, 133
- Fisher W., ’Property and Contract on the Internet,’ 73 (1998) Chicago-Kent Law Review, 1203

- Bermudez J. and ’t Hoen E., ’The UNITAID Patent Pool Initiative: Bringing Patents Together for the Common Good’ 4 (Jan 2010) The Open AIDS Journal 37
- Boldrin M. & Levine D.K., ’The Case Against Patents’, 27 (1) (2013) The Journal of Economic Perspectives: 3, 3
- Bonadio E. & Baldini A., ’COVID-19, Patents and the Never-Ending Tension between Proprietary Rights and the Protection of Public Health’, 11 (2) (2020) European Journal of Risk Regulation, 390
- Bonadio E., ’Compulsory Licensing of Patents: The Bayer/Natco Case’ 10 (2012) European Intellectual Property Review 719
- Bradsher K., ’A Nation Challenged: CIPRO; US says Bayer will cut costs of Anthrax drug’, The New York Times (24 Oct. 2001)
- Brennan H et al, ’A Prescription for Excessive Drug Pricing: Leveraging Government Patent Use for Health’ 18 1 (2017) Yale J.L. & Tech
- Bundesministerium für Gesundeit, (Ministry for Health: Germany) ’Gesetz Zum Schutz Der Bevölkerung Bei Einer Epidemischen Lage Von Nationaler Tragweite’, (27 March 2020) available <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/covid-19-bevoelker-ungsschutz-2.html> accessed 16th September 2020
- Burrone E, ’Patent Pooling in Public Health’, in Chon M, Roffe P, Abdel-Latif A (Eds), The Cambridge Handbook on Public-Private Partnerships, Intellectual Property Governance, and Sustainable Development (CUP 2018).
- Clark J. et al, ’Patent Pools: A Solution to the Problem of Access in Biotechnology Patents’, United States Patent and Trademark Office (2000)
- Contreras J., ’Patents and Coronavirus - A Role for Patent Pools?’ (13 April 2020) Infojustice, (American University Program on Information Justice and Intellectual Property)
- Curley R., Britannica Guide to Inventions the Changed the Modern World, (Britannica Educational Publishing, 2010)
- Dawei Y & Jia D, ’China Grants Three Patents to Gilead’s Remdesivir as Hopes Rise for Effective Treatment’ Caixin (27 Feb 2020).

Control Administration Ministry of Health, Kuwait, 28 April 2020 and 1 May 2020.

- Interview with Sarah Al-Hubail, Chemical Engineer, of the Kuwaiti Patent Office

Literature & Journals

- –, ’Bayer Cuts Price of Anthrax Drug’, The Guardian (24 Oc. 2001)
- –, Bloomberg, ’China wants to patent Gilead’s experimental coronavirus drug’ (2 May 2020).
- –, ’Dams J. Donald Trump Greift Nach Deutscher Impfstoff-Firma’ [Donald Trump reaches for German Vaccine Company]. Welt am Sonntag (15 March 2020)
- Abinader L.G., ’Legislative Committee in Ecuador approves resolution on compulsory licensing of patents relating to the coronavirus’ (20 March 2020), Knowledge Ecology International
- Abdul-Sadiq M. and Mamon A.R., in ’Abuse of Copyright’, (2016) Al-Hindiyani K., Kuwait University Law Journal, Edition No. 1-2016 249
- Al Sanhuri, Al Waseet, ’Chapter 3:The Social Duty Of The Property Law’ (1967)
- Al-Hindiyani K., ’Abuse of Copyright’, 1 (2016) Kuwait University Law Journal, 249
- Al-Khanfousi A., Introduction to Intellectual Property Law, (Centre of Academic Books 2018)
- Al Khashab Y, 6 January 2020
- Al-Tabtabai A, The Constitutional Order in Kuwait, (Third Ed. 1998)
- Applin T & Davis J, Intellectual Property Law (OUP 2017)
- Anderson, B, ’Better Access To Medicines: Why Countries Are Getting Tripped Up And Not Ratifying Article 31-Bis’, 1 (2) (2010) Case Western Reserve Journal of Law, Technology & the Internet
- Bentham J, A Manual of Political Economy (New York: Putnam, 1839)

- Law No. 71 2013 (Gulf)
- Law No. 75 2019 (IP Law)
- Ministerial Decree No. 287 2019

Middle East

- Patent Law (Regulation) for the Countries of the Cooperation Council for the Arab Gulf States
- Gulf Cooperation Council Patent Agreement, Article 15
- Gulf Cooperation Council Patent Regulation 1992, Article 19, Article 20(3)
- UK

  Longitude Act 1714

USA

- Patent and Trademark Law Amendments Act 1980
- The Constitution, Article 1, Section 8, Clause 8
- Fair Access to Science and Technology Research Act 2013
- Federal Research Public Access Bill 2012
- House Committee on Patents' Report, 28 U.S.C. § 1498, 1910
- Law 15 US Code 3719
- Orphan Drug Act 1983
- 116th Congress, 2nd Session, Bill 'To Provide Certain Limitations on Liability For Actions Taken By Health Care Providers To Combat COVID-19' (March 2020)

Global Agreements

Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) 1995, (Annex 1C Marrakesh Agreement Establishing the Trade Organisation) (Articles 7, 8, 31)

- Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 1886
- Paris Convention for the Protection of Industrial Property, 1883

Interviews

- Interview with Dr Donia Bastaki, Head of Drug Registration Department Pharmaceutical and Herbal Medicines Registration and

- Sony Corp. v. Universal Studios (1984) 464 U.S. 417, 429

Legislation and Bills

Canada

- Bill: 'C-13An Act respecting certain measures in response to COVID-19', House of Commons, s.19.4(1), 24 March 2020 (Canada)
- Patent Act 1985, Part 12, (Canada)

Chile

- Resolution 896, Chile Chamber of Deputies, 2020: 'Resolution for the granting of non-voluntary licenses referred to in article 51¡ n¡ 2 of industrial property law n¡ 19.030 to facilitate access and availability of medicines and technologies for the prevention, treatment and cure of coronavirus covid-19', English translation available at <www.keionline.org/chilean-covid-resolution>, accessed 2 May 2020

EU Law

- EU Patent Convention, 2016, Article 63
- Law No. 68-1, 2 January 1968, Article L613-16, R 613-10 et seq. (France)
- LOI nº2020-290 du 23 mars 2020 D'Urgence Pour Faire Face À L'Épidémie de Covid-19 (Emergency Law To Deal With Covid-19 Epidemic) No. 2020-290, 23 March 2020 (France)

Kuwait

- Kuwaiti Civil Code, Law No. 67, 1980
- Kuwaiti Constitution of 1962
- Kuwaiti Constitution of 1962, Explanatory Memorandum
- Law No. 2 1998 (WIPO)
- Law No. 4 1962 (Patent)
- Law No. 16 1986 (Arabic)
- Law No. 22 2016 (IP Law)
- Law No. 35 2014 (Bern)
- Law No. 64 1999 (IP)

many of the major players in the Intellectual Property market are to be welcomed, a more cohesive system would be preferable.

As such, the WHO and WIPO must work together and take the lead in introducing a centralised COVID-19 patent pool as a true open platform to cover Intellectual Property rights concerning drugs, vaccines, tests, chemicals, technologies and data relating to COVID-19, on free or easily affordable licencing terms. Speed is essential. As Professor Contreras writes: the WHO "must act quickly and decisively in defining the details of the proposed arrangement and in persuading patent holders in both the public and private sectors to join this worthwhile effort".(176) This will not only act against possible Intellectual Property abuse, from a negative stance, but also form a positive movement, expounding the benefits of collaboration and knowledge sharing. A rapid response is essential: the current groundswell of political, commercial and legal support must not be lost.

This proposed innovation is not a radical change in the underlying principles of intellectual property rights or the principles of their protection. Patent protection serves a very important function. Rather, it is an interpretation of those principles in a manner that highlight the importance of achieving knowledge for all, especially in times of crisis. The right of its owner is reserved, as respect for their right to their original work, but access and availability is granted to all, as needed, to serve humanity.

To highlight the importance of this issue, both from a legal standpoint and as a policy matter concerning the citizens of Kuwait, a letter is being sent to the Kuwaiti Minister of Health and the Kuwaiti Patent Office. This letter is a warning to the authorities of the potential risks of the current legal situation and highlights the scope for great benefit if a new approach is adopted going forward. We may escape this pandemic, but we may not escape the next one. Intellectual Property law needs to be a legal tool for help, not hindrance.

Bibliography

Cases

- Eli Lilly & Co v Activis UK Ltd & Others [2017] UKSC 48

Wider use and acceptance of compulsory licencing is one solution. Even the threat of use might have some effect.(171) Indeed, the Doha declaration expressly recognised that:

> WTO members with insufficient or no manufacturing capacities in the pharmaceutical sector could face difficulties in making effective use of compulsory licensing.''(172)

However, countries have been reluctant to use powers under Article 31, even when in a position to do so, for fear of litigation. Big Pharma companies are powerful players and smaller countries in particular will be deterred from independently exercising their legal Intellectual Property rights.

An open licencing system is the way forward. Picciotto calls for a 'global public welfare standard'.(173) Derclaye and Taylor argue that the jurisprudential basis for this is a utilitarian one but not one based on the income gauge of utilitarianism, as per the Chicago School of Law and Economics, which is fundamentally flawed, being based on the premise that maximising one's happiness is only measured by wealth.(174) Rather, Intellectual Property should be based on the concept of 'well-being', using 'markers' of well-being to correlate the many different definitions. This is controversial but so is the concept of wealth accumulation as the basis of all happiness.(175)

Worldwide support of various forms of what is effectively open licencing, via the diverse methods of patent pools, the Open Pledge and smaller group initiatives, shows the flexibility of the new approach. However, if the reaction is too piecemeal, it risks losing its power and influence and will become fragmented. Although the individual efforts of

(171) Gorik Ooms and Johanna Hanefeld, 'Threat Of Compulsory Licences Could Increase Access To Essential Medicines', (2019), BMJ 365

(172) World Trade Organisation (WTO), 'Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health', Doha WTO Ministerial 2001, WT/MIN(01) /DEC/2

(173) Sol Picciotto, 'Defending the Public Interest in TRIPS and the WTO' in P. Drahos & R. Mayne (eds) Global Intellectual Property Rights, (Palgrave Macmillan, London, 2002)

(174) Estelle Derclaye & Tim Taylor, 'Happy IP: Replacing the Law and Economics Justification for Intellectual Property Rights with a Well-being Approach', 37 (4) (2015) European Intellectual Property Review

(175) ibid

In a time of global crisis, exclusive rights pose a threat to society, rather than a help. We need to secure creativity, but we also need to secure people's health and well-being. Al Sanhuri(168) recognised this delicate balance when he wrote that "the principle of justice should be a mix between individual justice and social justice". Article 1, Kuwaiti Civil Code, confirms the same essential philosophy:

> in the absence of legislation, the judge's ruling must be in accordance with custom and the provisions of Islamic jurisprudence in a manner that is consistent with the interest of the country, thus recognising the importance of the social good of its citizens.(169)

In the face of a global pandemic, social justice trumps the individual's rights.

By the time this article is read, it is sincerely hoped that the worst of this Coivd-19 crisis is behind us. However, this pandemic is not finished, and another wave, a mutation or indeed another pandemic are all possible. It is for this reason that, unlike the previous attempts at open licencing during outbreaks of SARS, H1N1 etc., a new approach to Intellectual Property law is not just rooted in the COVID-19 threat but in the need to address the problem for the future too.

A vital part of the COVID-19 challenge is to (a) find drugs that can cure or prevent an infection, and (b) make sure that those drugs are widely available to the public. Intellectual Property law currently is an encumbrance to that. European Members of Parliament write that "we cannot allow patients to be refused care because of financial constraints or shortages resulting from manufacturing or supply constraints".(170) Kuwait, and other GCC countries do not have a sufficiently advanced pharmaceutical industry and so are reliant on other countries, meaning they are vulnerable to Intellectual Property constraints.

---

(168) Al Sanhuri, Al Waseet, 'Chapter 3:The Social Duty Of The Property Law' (1967)

(169) Kuwaiti Civil Code, Law No. 67, 1980

(170) Grace Ren, 'European Parliament Members Urge Open Licensing For Covid-19 Products Financed Through Eu Grants', (27 March 2020) Health Policy Watch

The idea of a prize is, therefore, not a gimmick but a different and potentially very interesting approach to Intellectual Property law. It echoes traditional successful approaches and, as Hemel and Ouellette write, "could bring us closer to a model in which private-sector innovation and public access to essential medicines are not antonyms".[164]

These open platform, collaborative ideas are not necessarily brand new. Back in 2004, Rimmer wrote that there is a "need to reform the patent system to deal with international collaborative research networks".[165] However, with the arrival of a global pandemic, these issues have been pushed to the fore, this is not an issue that can continue simply to be debated.

Conclusion

The Prophet Mohammed said: "God will help the servant as long as the servant helps his brother"[166]

It is traditionally believed that the sole ownership principle is essential for Intellectual Property law. However, the whole purpose of law is to serve society and the people. Intellectual Property law on the international plane, though, has developed in a way that has made that principle fade and lose its essence. Patent law is accepted in history as a monopoly, granting exclusive rights and outlawing competition. One justification is based on commercial arguments. But this should be read as the other side of the same coin: commercial benefits are there to induce corporations to provide a public service. As the US Supreme Court held:

> [monopoly privileges] are neither unlimited nor primarily designed to provide a special private benefit. Rather, the limited grant is a means by which an important public purpose may be achieved.[167]

(164) Daniel Hemel & Lisa Larrimore Ouellette, 'Want a Corona Vaccine Fast? Here's a Solution' (4 March 2020) Time Magazine.

(165) Matthew Rimmer, 'The Race to Patent the SARS Virus: The TRIPS Agreement and Access to Essential Medicines', (2004) 5(2) Melbourne Journal of International Law 335

(166) Abu Huraira reported: The Messenger of Allah, peace and blessings be upon him Saying Source: Sahih? Muslim 2699 Grade: Sahih (authentic) according to Muslim.

(167) Sony Corp. v. Universal Studios (1984) 464 U.S. 417, 429

now being directed to combat COVID-19, and their financial viability could be at risk”.(158) However, the point is that it creates a movement, with a different vision, and therefore it is hoped that all companies, whether signed up or not, will respect the spirit of the pledge. Public and media pressure may help in this regard.

An Intellectual Property ’Prize’

The fact that traditional legislative approaches are failing to balance the private incentive versus the public benefit dilemma is highlighted by the fact that certain actors have suggested side-stepping Intellectual Property issues altogether. One suggestion has been to offer a substantial prize to the first drug company to find a solution. This, it is claimed, would incentivise the drug companies but only be payable if the firm pledged to make the vaccine publicly available at zero or low cost.(159) The amount of the prize could be fixed or tied to the number of people vaccinated. The prize would “assure private-sector enterprises that they will be financially rewarded for a coronavirus vaccine while also ensuring that individuals at all income levels will be able to afford immunization”.(160)

A prize/challenge approach incentivising progress is not new or radical. The UK Longitude Act 1714(161) was one of many European initiatives centuries ago that famously offered very large prizes to inventors to solve the problem of how to determine a ship’s exact longitude while at sea. A similar invention prize was offered in France, in the early 19th century, for inventing a solution for how to preserve and transport food.(162) More recently, US law 15 US Code 3719 that came into effect in 2012 allows for prize competitions with one category being for a “prize that rewards and spurs the development of solutions for a particular, well-defined problem”.(163)

(158) Theresa Rakocy, ’The Open COVID Pledge: What Is It and Is It Right for You?’ 10 (281) (2020) National Law Review

(159) Daniel Hemel & Lisa Larrimore Ouellette, ’Want a Corona Vaccine Fast? Here’s a Solution’ (4 March 2020) Time Magazine.

(160) ibid

(161) UK Longitude Act 1714

(162) Robert Curley, Britannica Guide to Inventions the Changed the Modern World, (Britannica Educational Publishing, 2010) 346

(163) US Law 15 US Code 3719

officially the end to the COVID-19 pandemic. Version 1.1. has a termination date that is set to be the earlier of (1) the WHO declaration of the end of the COVID-19 pandemic or (2) 1 January 2023. A third alternative, OCL-P v1.1, is the same but only extends to patents, not copyright.

The Pledge also allows a company to create its own license. This is on the proviso that the terms of the freeform licence are at least as generous as the terms of the standard format Open COVID License. One company stipulated an obligation to inform as soon as the Intellectual Property was being used.(156) This provides flexibility, while guaranteeing respect for the main principles.

Separately, other world-leading universities such as Harvard, Stanford and the Massachusetts Institute of Technology have agreed to let their Intellectual Property be used freely to combat COVID-19.(157) Other variations are available too. This includes the COVID-19 Therapeutics Accelerator, a group of about fifteen famous pharma companies who will share some of their IP-protected proprietary information in a bid to further progress towards a cure. Oxford University Innovation also has publicly announced a very user-friendly, licensing framework to allow use of its Intellectual Property for relevant purposes during the pandemic. No royalties will be charged. Massachusetts Institute of Technology (MIT) and leading US universities such as Stanford, Yale and Harvard have also established the COVID-19 Technology Access Framework. These are mainly smaller and more select but all have the same common goal of opening the closed door of Intellectual Property to allow free and open access.

The Open COIVD pledge, however, does throw up certain legal issues. Many companies have already negotiated licences which generate royalties in the classic method. It is unclear how this will affect different industry actors: as the National Law Review writes "such companies may already be using licensed intellectual property in projects that are

(156) Theresa Rakocy, 'The Open COVID Pledge: What Is It and Is It Right for You?' 10 (281) (2020) National Law Review
(157) Sheppard Mullin Richter & Hampton LLP, 'Open COVID Pledge Seeks to Make IP Available for Use in Ending COVID-19' JD Supra (17 April 2020)

Institutions such as the Innovative Genomics Institute of UC Berkeley and UCSF, and Intel Inc, were two of the first to sign up.(153) On 20 April, Amazon, Facebook, Hewlett Packard Enterprise (HPE), IBM, Microsoft, and Sandia National Laboratories also joined the pledge, committing to "making all of their patents freely available to the public for use in the fight against COVID-19".(154) That global giants such as Amazon and Microsoft are allowing others to use their IP, for free, is a major gamechanger in the world of intellectual property. It not only shows the enormity of the challenge that is posed by Coivd-19 but that a disruptive, novel approach may well change the nature of Intellectual Property law, long after the crisis has (hopefully) passed.

In terms of form and given that the pandemic is - hopefully - temporary and the health community is not trying to assert rights over a company's Intellectual Property indefinitely, the full pledge consists of a licence. Three simple versions of this Intellectual Property licence are available, giving organisations a standard format whereby they give permission to the world to use any of their Intellectual Property rights (patent and copyright), free of royalty fees. Open Pledge Version 1.1 (OCL-PC v1.1) states that:

> The Pledgor grants to every person and entity that wishes to accept it, a non-exclusive, royalty-free, worldwide, fully paid-up license (without the right to sublicense) under Pledgor's patents and copyrights that we have the right to license (the "Licensed IP") to make, have made, use, sell, and import any patented invention, and reproduce, adapt, translate, distribute, perform, display, modify, create derivative works of and otherwise exploit any copyrights, solely for the purpose of diagnosing, preventing, containing, and treating COVID-19.(155)

Two different end-dates are available. Version 1.0 runs from 1 December 2019 to one year after date on which the WHO declares

(153) Eric Steuer, 'Creative Commons to Steward the Open COVID Pledge', Open Covid Pledge (27th April 2020)

(154) ibid

(155) Open Covid Pledge Licence, Version 1.1.

Open COVID Pledge: An Open Licence

A similar initiative is the 'Open COVID Pledge'. A patent pledge is defined by Ehrnsperger and Tietzea as a "publicly announced intervention by patent-owning entities ('pledgers') to out-license active patents to the restricted or unrestricted public free from or bound to certain conditions for a reasonable or no monetary compensation".(149)Open licences allow the "copyright holder (creator or other rightholder) to grant the general public the legal permission to use their work".(150) It does not grant a transfer of Intellectual Property rights to the public, simply gives legal permission for third parties to use the property.

For the Open COVID Pledge, a coalition of international scientists, experts, business people and lawyers is asking companies and other research organizations to pledge that their Intellectual Property will be freely available for anyone who needs it to further the battle against COVID-19. Two levels of commitment are possible: the first is simply a public statement of support for the initiative and the second is to actually sign the pledge, therefore granting a licence over some or all of that body's IP. The underlying ethos is to foster "creativity and generous sharing of knowledge" to allow practical scientific advances to be made as quickly as possible.(151) Researchers need to focus on the scientific challenge and not be bogged down by fears about lawsuits. "The last thing people rushing to figure out how to prevent, treat, and stop this pandemic need is to worry about who owns what IP," said Dr. Michael Eisen, Professor of Molecular and Cell Biology and HHMI investigator at UC Berkeley.(152)

(149) Jonas Fabian Ehrnsperger & Frank Tietze, 'Patent Pledges, Open IP, Or Patent Pools? Developing Taxonomies In The Thicket Of Terminologies' 14(8) (2019) PLoS ONE

(150) European Commission, 'Open Licence and Intellectual Property Rights', Erasmus+ Programme Guide

(151) Jennifer Doudna, Executive Director of the Innovative Genomics Institute of UC Berkeley and UCSF, 'Patent Holders Urged To Take "Open Covid Pledge" For Quicker End To Pandemic' (9 April 2020)

(152) Michael Eisen, 'Patent Holders Urged To Take "Open Covid Pledge" For Quicker End To Pandemic' Infojustice (9 April 2020) (American University Program on Information Justice and Intellectual Property)

smaller countries would be locked out of access to anti-COVID-19 medicines.[145] The WHO director-general endorsed the idea, hoping that it would help create a powerful voluntary community comprising governments, NGOs, industry players, universities and non-profit organisations. This proved to be the case, with a quick uptake in support.[146] Interestingly, one serious advocate of the concept seemingly is the ex-chief patent officer at Gilead Sciences.

The EU is also strongly in favour of the concept, both in general and via the WHO patent pool initiative. The EU recently proposed a draft resolution to the World Health Association (WHA), a part of the WHO.[147] The idea, again, is to voluntarily pool Intellectual Property rights, as well as all other relevant data and information, in order to help ensure ‘‘equitable access’’ to all drugs, vaccines and other treatments and products that may help to overcome the virus.

Financial investment firms and fund managers have also recently thrown their support behind the idea. Resnik calls this a way of Intellectual Property law serving companies’ ’enlightened self-interest’.[148] Indeed, this is a roll-out of the concept of sustainable investment. Drugs companies’ share prices depend on their attractiveness to investors. As such, three dozen pension funds, asset managers and insurers have sent a letter to more than fifteen important drug companies asking that ‘‘financial considerations should take second place in the global challenge of getting the coronavirus under control as quickly as possible’’. The fund managers have said clearly that the drug firms’ reaction will be taken into account when they decide which firms to invest in during the coming months.

(145) Letter from the Costa Rican President and Minister of Health to the WHO, dated 23 March 2020, available at: www.healthpolicy-watch.org/wp-content/uploads/2020/03/Picture.png, accessed 5 May 2020

(146) Claire Cassedy, ’WHO Director-General Remarks in support of global pooling of rights in COVID-19 Technologies and data, in open science and open data’ (6 April 2020) Knowledge Ecology International

(147) Draft of ’EU proposal for a CONSOLIDATED zero draft on a WHA73: "Covid-19 Response"’ The 73rd World Health Association Assembly (17-21 May 2020).

(148) David Resnik, ’A Biotechnology Patent Pool: An Idea Whose Time Has Come?’ 3(9) (2003) Journal of Philosophy, Science and Law

organisation, also backed by the WHO, dedicated to public health. Its main work to date has been on licences related to HIV, tuberculosis, and hepatitis C. Indeed, on 3 April 2020, MPP expanded its mandate. All health products/technology relevant to the global battle against COVID-19 are now included. Shortly prior to that, drug company, AbbVie, had informed MPP that, due to the pandemic, they would waive any Intellectual Property restrictions over their drugs lopinavir/ritonavir, allowing generic producers, thus becoming the first major pharma company to waive its rights to potentially enormous future profits from a possible effective treatment for Coivd-19.(142)

However, although MPP's mandate is ''working to increase access to, and facilitate the development of, life-saving medicines for low- and middle-income countries'', there have been many concerns about MPP licences not sufficiently including middle income countries because those countries are viewed as commercially very attractive for pharma companies.(143) This would conceivably be a concern for Kuwait, a rich country but without a pharmaceutical production base. Professor Contreras also highlights that MPP is not a patent pool, in the normal sense of the term. Rather, it is a ''clearinghouse or intermediary that obtains inbound licenses from willing Intellectual Property holders and then sublicenses those rights to generic drug manufacturers operating in developing countries''.(144) As such, it is rather an ad hoc arrangement which do not draw together all the Intellectual Property rights.

However, the patent pool solution regarding Coivd-19, as proposed by Costa Rica and supported by World Intellectual Property Organization (WIPO) and the World Health Organization (WHO), has a more open basis and widespread support. In early March 2020, Costa Rica wrote a letter to the WHO, proposing the idea, as it was worried that

(142) Ellen 't Hoen, 'Covid-19 and comeback of compulsory licencing' Medicines Law and Policy (23 March 2020)

(143) Estaban Burrone, 'Patent Pooling in Public Health', in Margaret Chon, Pedro Roffe, Ahmed Abdel-Latif (Eds), The Cambridge Handbook on Public-Private Partnerships, Intellectual Property Governance, and Sustainable Development (CUP 2018). See also the United Nations-backed Medicines Patent Pool (MPP)

(144) Jorge Contreras, 'Patents and Coronavirus - A Role for Patent Pools?' (13 April 2020) Infojustice (American University Program on Information Justice and Intellectual Property.

Patent Pools

A powerful and more radical solution is to create a worldwide patent pool. A patent pool has been defined as:

> the aggregation of intellectual property rights which are the subject of cross-licensing, whether they are transferred directly by patentee to licensee or through some medium, such as a joint venture, set up specifically to administer the patent pool.(137)

This involves forming a voluntary pool that would collect existing patent rights, and - for an all-encompassing pool - trade secret rights, data from test and trials and any other relevant information that, if shared, researchers would find useful for developing vaccines, drugs and/or diagnostics.(138) From a functional point of view, the most commonly touted version would therefore allow other researchers or developers wanting to use that Intellectual Property to seek a license from the pool against the payment of royalties, enabling generic drugs to be made, or different drugs be developed based on the existing patented techniques or chemicals, without fear of litigation.(139) Complete open access is also possible. As a voluntary instrument, success is dependent on ‘‘the willingness of pharmaceutical companies to participate and commit their Intellectual Property to the pool’’.(140) This would make all important COVID-19-related drugs and data open to other scientists so that there are no barriers to progress. The key principle is to have a communal pool, to bring researchers from around the world together in their joint goal.

Patent pools have been used previously, in a limited way, as seen with Medicines Patent Pool (MPP), which claims to be the ‘‘first patent pool with a clear public health mandate’’,(141) and is a UN-backed

(137) Jeanne Clark et al, ’Patent Pools: A Solution to the Problem of Access in Biotechnology Patents’, United States Patent and Trademark Office (2000)

(138) E. Sukkar, ’Patent pools: an idea whose time has come’, BMJ (2009) 338

(139) Jorge Bermudez and Ellen ’t Hoen, ’The UNITAID Patent Pool Initiative: Bringing Patents Together for the Common Good’ 4 (Jan 2010) The Open AIDS Journal 37

(140) ibid

(141) Estaban Burrone, ’Patent Pooling in Public Health’, in Margaret Chon, Pedro Roffe, Ahmed Abdel-Latif (Eds), The Cambridge Handbook on Public-Private Partnerships, Intellectual Property Governance, and Sustainable Development (CUP 2018). see also the United Nations-backed Medicines Patent Pool (MPP)

Dr. Donia Bastaki, the Head of Kuwait's Drug Registration Department Pharmaceutical and Herbal Medicines Registration and Control Administration Ministry of Health, also stated: "certainly in the COVID-19 pandemic, we will definitely use the compulsory license".[133] However, although a country like France has options, this is not of much use to countries like Kuwait without generic production facilities or guaranteed help from a friendly third-party country, as shown by the failure of compulsory licencing in Kuwait during the H1N1 outbreak.[134]

Intellectual Property: A New Collaborative Approach?

Although the traditional solution of compulsory Intellectual Property licencing has appeal and, due to the strains of the Coivd-19 outbreak, seems to be more becoming more readily accepted, it is not the only way. Alternative new and collaborative approaches are being proposed. The aim is to bring the world together, as a team, to work collectively to find a cure/vaccine to help defeat the pandemic. This requires thinking outside the box. There is no reason to be bound by conventional Intellectual Property thoughts and teachings. It seems obvious that together we are stronger than the sum of our parts. This is not a completely novel idea,[135] especially for medical drugs. However, it has never been properly implemented in previous health scares, probably because - thankfully - other potential crises (SARS, H1N1, H5N1, MERS etc) never reached the stage of a pandemic. However, COVID-19 is different. Researchers need to share information, share data, share strategies, and share ideas. And this open pooling of ideas will not be to the detriment of the pharma companies: reputations will be made as companies realise that, as Shulman argues, there is a "huge payoff that can result when researchers put aside visions of patents and glory for their individual laboratories".[136]

(133) Interviews with Dr Donia Bastaki, Head of Drug Registration Department Pharmaceutical and Herbal Medicines Registration and Control Administration Ministry of Health, Kuwait, 28 April 2020 and 1 May 2020.

(134) ibid

(135) Jeanne Clark et al, 'Patent Pools: A Solution to the Problem of Access in Biotechnology Patents', United States Patent and Trademark Office (2000)

(136) Seth Shulman, 'Thinking Like a Virus: The Success of a Global Network in Identifying the Severe Acute Respiratory Syndrome, or SARS Pathogen' 106 (2003) Technology Review 74

Commissioner shall, on the application of the Minister of Health, authorize the Government of Canada and any person specified in the application to make, construct, use and sell a patented invention to the extent necessary to respond to a public health emergency that is a matter of national concern''.(128) Ecuador, Chile and Brazil are all in the process of reviewing and amending their domestic legislation.(129) Germany has recently passed the 'Act for Protecting the Population in the Event of an Epidemic Situation of National Importance',(130) which allows the German government to issues 'use orders' for patents in the interest of public welfare, effectively suspending patent rights. Equally, in France, the recent emergency law No. 2020-290(131) added a new article to the public health code whereby, if there is a declared state of emergency, and if the singular purpose is to guarantee public health, the government has the right to requisition, as necessary, any services and/or goods to tackle the public health crisis. Also, even more broadly, the government may take all measures, as appropriate and on condition that the action is proportionate, so as to provide patients with access to all medical treatments, as needed, to combat the virus. Compulsory licencing, therefore, provides one solution to the problem of the sole ownership Intellectual Property in times of crisis. The Health Minister of France recently stated ''I do not exclude the possibility of applying for compulsory licenses or price ceilings for drugs that would not be produced in France''(132)

(128) House of Commons of Canada Bill, 'C-13An Act respecting certain measures in response to COVID-19', s.19.4(1), 24 March 2020

(129) , 'Legislative Committee in Ecuador approves resolution on compulsory licensing of patents relating to the coronavirus' (20 March 2020), Knowledge Ecology International; Resolution 896, Chile Chamber of Deputies, 2020: 'Resolution for the granting of non-voluntary licenses referred to in article 51 nº 2 of industrial property law nº 19.030 to facilitate access and availability of medicines and technologies for the prevention, treatment and cure of coronavirus covid-19', English translation available at <www.keionline.org/chilean-covid-resolution>, accessed 2 May 2020

(130) Bundesministerium für Gesundeit, (Ministry for Health: Germany) 'Gesetz Zum Schutz Der Bevölkerung Bei Einer Epidemischen Lage Von Nationaler Tragweite', (27 March 2020) available <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/covid-19-bevoelkerungsschutz-2.html> accessed 16th September 2020

(131) LOI nº 2020-290 Du 23 Mars 2020 D'urgence Pour Faire Face L'épidémie De Covid-19 (Emergency Law to Deal With Covid-19 Epidemic) No. 2020-290, 23 March 2020 (France)

(132) Public sitting of March 19, 2020 in the French Senate: www.senat.fr/cra/s20200319/s20200319.pdf

whatever legal means are available to revoke the opt-out as importing members, for goods manufactured under a compulsory license."[123]

Despite the paucity of countries exercising compulsory licencing rights, there have been occasional successful cases, such as in India, in 2010. The European Intellectual Property Review highlights how Nacto, a generic drug-maker in India, was granted a compulsory licence for a drug to fight cancer when India's patent office decided that Bayer AG, the patent holder of the drug, had failed to make the drug available in the way it should to Indian citizens.[124] Following UN guidelines, Natco paid Bayer 6% royalties, allowing it to sell its generic version for a huge discount of 97% below Bayer's price.

However, it is a rare case. Seemingly, compulsory licences are even explicitly allowed in China, under Articles 48-50 of domestic patent law, and yet the country has not yet ever issued one.[125] The controversy mentioned above regarding the Chinese application for a patent for Gilead's drug Remdesivir could have been avoided if they had pursued the legal avenue of compulsory licencing. The fact they did not illustrates the problem. A senior lawyer in Beijing is quoted as saying that: "The government is compelled to avoid using the compulsory license because it has been making efforts to show China respects intellectual property rights and the abuse of compulsory licensing will draw international criticism."[126]

However, the Covid-19 pandemic is forcing states to rapidly amend domestic legislation to make their compulsory licencing laws more effective. Canada passed an amendment bill on 24 March 2020 whereby, under Part 12, the Canadian Patent Act,[127]inter alia, provides that "the

(123) James Love, 'Open letter asking 37 WTO Members to declare themselves eligible to import medicines manufactured under compulsory license in another country, under 31bis of TRIPS Agreement' (7 April 2020) Knowledge Ecology International.

(124) Enrico Bonadio, 'Compulsory Licensing of Patents: The Bayer/Natco Case' 10 (2012) European Intellectual Property Review 719

(125) Enrico Bonadio & Andrea Baldini, 'COVID-19, Patents and the Never-Ending Tension between Proprietary Rights and the Protection of Public Health', 11 (2) (2020) European Journal of Risk Regulation, 390

(126) Bloomberg News, 'China wants to patent Gilead's experimental coronavirus drug' (2 May 2020)

(127) Canada Patent Act 1985, Part 12,

never implemented'.[121] Various studies have found it to be a "limited and sporadic" heavy-handed tool.[122]

Indeed, many larger countries were so unhappy with the political message of the new TRIPS amendment allowing import of patented drugs manufactured under compulsory licences that a large number formally requested to opt out of being an 'eligible importing member' and declared themselves 'ineligible'. In 2017, this was codified as a formal amendment to TRIPS. Consequently, pre COVID-19, there were 37 'ineligible' WTO members, which voluntarily declared themselves not allowed to import patented property, such as medicines, that had been produced in another country under a compulsory licence. The countries who chose to opt out includes the United Kingdom, the United States, the EU, Japan, Canada, Australia and others.

Kuwait is not on the list. Indeed, none of the GCC countries is, either individually or collectively. Kuwait's choice not to ally with the 37 countries above was sensible. With hindsight, given the COVID-19 crisis, it is shown to be even more sensible. Kuwait needs to be flexible to allow itself to the opportunity to access COVID-19 treatment drug and vaccines no matter where in the world they are being (legally) made. By being an 'eligible importer', this gives that flexibility and will allow the country to enter into deals with India or other generic producers if Big Pharma countries or their governments try and use global and domestic Intellectual Property law to squeeze out smaller countries.

What is somewhat ironic is that there has since been a complete backlash by many in the first-world countries above, who now realise they are also risk being denied access to crucial drugs. COVID-19 is a great leveller. On 7 April 2020, a large group of experts sent an open letter to the governments of the 37 WTO countries asking each country "to notify the WTO that they have changed their policy and now consider itself an eligible importing country, and in addition, to also use

(121) Raoul Souillé, 'In Case Of A Cure: A Compulsory Licence As The Last Resort' (University of Leiden Law 2020)

(122) Kyung-Bok Son, 'Importance of the intellectual property system in attempting compulsory licensing of pharmaceuticals: a cross-sectional analysis' 15 (2019) Global Health, 42

official TRIPS amendment in December 2005.(118) This allowed countries to become an ''eligible importing member'' and import drugs made under a compulsory Intellectual Property licence, so effectively becoming the ''first-ever compulsory licence for export of medical products''.(119) This is a very significant change. Although it does not alter the fact that Kuwait is still dependent on friendly generic producer countries, it does mean that there is no export restriction on that third country's production, hence freeing up supply.

However, the idea of compulsory licencing laws as a saviour for smaller countries remains a myth. Kuwait is a good case in point. Although the Kuwaiti Ministry of Health was very in favour of H1N1 compulsory licensing for H1N1 drugs, Dr. Donia Bastaki, the Head of Kuwait's Drug Registration Department Pharmaceutical and Herbal Medicines Registration and Control Administration Ministry of Health says that:

there were negotiations on that but we couldn't implement it because our local manufacturers didn't manufacture the drug. The other option was to import the generic version from India but also it was not approved and accordingly we didn't use the compulsory license and managed to get good prices for the reference drug ''tamiflu''.(120)

This shows that, while the theory of compulsory licencing works, in practice the power is not of much use if that country does not have the capacity to manufacture and using a third party as generic supplier is often complicated.

Moreover, the use of compulsory licencing is rare, mainly because it is politically very sensitive as it is effectively 'confiscating' the property right of a company in another country. Souillé at the University of Leiden writes that the traditional view is that 'in practice, this measure is

(118) Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) Article 31(bis)

(119) William New, 'It's Official: TRIPS Health Amendment In Effect, First Ever To A WTO Agreement' (23 Jan 2017) Intellectual Property Watch.

(120) Interviews with Dr Donia Bastaki, Head of Drug Registration Department Pharmaceutical and Herbal Medicines Registration and Control Administration Ministry of Health, Kuwait, 28 April 2020 and 1 May 2020.

In this manner, TRIPS is not prescriptive, rather it grants a broad flexibility, meaning ‘‘countries are free to determine the grounds for granting compulsory licences, and to determine what constitutes a national emergency’’.(114) Intellectual property protection of private companies can therefore be expropriated, without negotiation, if there are questions of national emergency, public interest, anticompetition practices or even for more general non-commercial state use. As Reichmann argues, ‘‘the very existence of these conditions only magnified the legitimacy of every complying government’s right to resort to compulsory licensing whenever its domestic self-interest so required’’.(115)

Compulsory licencing was traditionally intended only to apply to the domestic market. This makes sense: if the compulsory licence overrides the proprietary nature of Intellectual Property law because, generally, the country is in a state of emergency, it makes little sense to allow that drug to be exported. A ’national’ crisis is, by nature, domestic. Article 31(f) TRIPS expressly stipulated that products manufactured under a compulsory license had to be ‘‘predominantly for the supply of the domestic market’’.(116) ’Predominantly’ presumably means over 50%, hence countries that had used their compulsory licencing right could only export less than half of total production output. Hence, countries such as Kuwait, with very limited drug production capacity, would be reliant on ’Good Samaritan’ countries with a large drug production base, such as India, to issue their own compulsory licences and then export supplies to Kuwait.(117) However, these friendly helper countries would be seriously limited under TRIPS law in terms of the amount of drug could be supplied. This put Kuwait, and many other countries, at risk and makes them even more beholden to generic producer countries.

However, under TRIPS new Article 31(bis), a temporary waiver of this requirement was agreed on 30 August 2003, and then approved as an

(114) World Trade Organisation (WTO), ’Compulsory Licensing of Pharmaceuticals and TRIPS’, (TRIPS and Health)
(115) Jerome Reichmann, Compulsory Licensing Of Pharmaceutical Inventions: Evaluating The Options’, 37(2) (2009)
(116) Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), Article 31(f)
(117) Jerome Reichmann, Compulsory Licensing Of Pharmaceutical Inventions: Evaluating The Options’, 37(2) (2009)

provides an ’emergency exception to patent protection’.[108] However, it is not obvious where Shapiro finds this lack of clarity or Dziuba justifies this interpretation. From a purely semantic reading of the clause, public emergency is only relevant as regards a waiver of one of the conditions, not as a requirement for the right in its overarching form. TRIPS Article 31 serves as a permit, stipulating that compulsory licencing, if legal in domestic law, is also permissible under international Intellectual Property law but only on certain preconditions. It is not, however, a prerequisite to have a national emergency. Rather, one of the preconditions is the duty to try first to negotiate a voluntary licence. As regards compulsory licencing, Article 31(b) states that:

such use may only be permitted if, prior to such use, the proposed user has made efforts to obtain authorization from the right holder on reasonable commercial terms and conditions and that such efforts have not been successful within a reasonable period of time.[109]

However, this can be overridden. Article 31(b) allows this requirement to be waived “in the case of a national emergency or other circumstances of extreme urgency or in cases of public non-commercial use”.[110] It is here that ’national emergency’ or ’circumstances of extreme urgency’ are relevant, to exempt the need for negotiation for a voluntary licence. Although this is not an issue in the case of a pandemic (clearly a case of extreme urgency, and also a declared national emergency in the vast majority of countries) the fact that the clause is often misinterpreted is worrying.

Other conditions include the that use must be non-exclusive,[111] the government cannot simply appropriate the patent rights for itself. The decision is also open to judicial review,[112] as is the setting of remuneration which must be offered to the Intellectual Property holder.[113]

(108) Dawn Dziuba, ’Trips Article 31bis and H1N1 Swine Flu: Any Emergency or Urgency Exception to Patent Protection?’ (Jan 2010) Indiana International & Comparative Law Review
(109) Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), Article 31(b)
(110) ibid
(111) ibid, Article 31(d)
(112) ibid, Article 31(j)
(113) ibid, Articles 31(h) and 31(l)

Compulsory licencing does not nullify the patent, rather it permits generic copies to be made, for which the patent holder must be compensated and ‘‘paid adequate remuneration in the circumstances of each case, taking into account the economic value of the authorization’’.(103) However, neither ‘‘adequate remuneration’’ nor ‘‘economic value’’ are specifically defined.

The commitment to the principle of compulsory licencing was clearly affirmed and significantly strengthened by the 2001 Doha Declaration on TRIPS Agreement and Public Health. Part of the deliberate policy of TRIPs, according to Professor Nag, is to allow for global surroundings to form part of a country’s Intellectual Property legal policy.(104) The driving forces behind Doha were the importance of public health for all and recognition that a greater humanitarian approach was needed to ensure that low and middle-income countries had access to medicines.(105) Indeed, as Anderson states, ‘‘compulsory licensing inherently seems to advocate a moral and altruistic duty to protect society from unreasonable patent exclusivity’’.(106) As India is a large producer of generic drugs, it is maybe not surprising that it was the Indian delegation that was the main protagonists behind the push for TRIPS to take a stronger position in favour of compulsory licencing.

It is important to note that, despite being generally accepted, the recognised right under Article 31 to compulsory licencing is not linked, per se, to any public emergency or national interests. Professor Shapiro writes that it is ’unclear’ if a country is under an obligation to declare a public emergency before exercising its right to compulsory licencing.(107) Dziuba goes one step further and starts from the premise that Article 31

(103) Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), Article 31(h)

(104) Aditi Diya Nag, ’Th Bird Flu and the Invoking of TRIPS Article 31 National Emergency Exception’ (2007) 34 Syraceuse Journal of International Law & Com 689

(105) Kyung-Bok Son, ’Importance of the intellectual property system in attempting compulsory licensing of pharmaceuticals: a cross-sectional analysis’ 15 (2019) Global Health, 42

(106) Brin Anderson, ’Better Access To Medicines: Why Countries Are Getting Tripped Up And Not Ratifying Article 31-Bis’, 1 (2) (2010) Case Western Reserve Journal of Law, Technology & the Internet

(107) Robert Shapiro, ’Patent Infringement During a Time of National Emergency’, 37 (18) (2004) Winsor Rev. Legal & Soc., 50

party or government agency without the consent of the patent-holder".[96] Hence, exclusive rights can be overridden.

Article 31 TRIPS gives international authorisation, stating that "where the law of a Member allows for other use of the subject matter of a patent without the authorization of the right holder, including use by the government or third parties authorized by the government", that will be legal if certain conditions are followed.[97]

This is not a problem: nearly all national Intellectual Property law allows the sovereign country to exercise compulsory licencing and forcibly expropriate the Intellectual Property exclusivity rights of the Intellectual Property holder, without authorisation, in the case of overwhelming public interest. In the US, the government can "appropriate any invention necessary or convenient for natural defence or for beneficent public use...".[98] A response to a pandemic is obviously of paramount national interest. The French recognise a public health justification for compulsory licencing under Law No. 68-1, 2 January 1968.[99]

In GCC countries, a patent can be compulsorily taken over if it has not been used for three years (and other requirements are met).[100] More directly applicable, under Article 20(3), a GCC member country may grant a compulsory license if important national interests require it.[101] This is drafted broadly, allowing any GCC government to use the patent rights in their own institute due to national interest.[102] Again, nothing could be more important to national interests than the health of its citizens in a pandemic, however there is no demand for national emergency. The GCC clause is very similar to the WTO: it requires fair compensation to be paid but does not require a mandatory offer to be made for a regular licence.

(96) World Trade Organisation (WTO), 'Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health', Doha WTO Ministerial 2001, WT/MIN(01) /DEC/2
(97) Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), Article 31
(98) US House Committee on Patents' Report, 28 U.S.C. 1498, 1910
(99) French Law No. 68-1, 2 January 1968, Article L613-16, R 613-10 et seq.
(100) Gulf Cooperation Council Patent Regulation 1992, Article 19
(101) ibid, Article 20(3)
(102) Ibid

called ‘‘ethically questionable and may have a negative impact on China’s public health and medical research cooperation efforts’’.(95)

The impact of big pharma companies’ Intellectual Property power plays will not be felt so directly in Kuwait or other GCC countries. However, this does not mean that Kuwait is less at risk, rather the opposite. Kuwaiti medical research is a growth area but not one that, as yet, is likely to challenge the world’s main actors. As such, there is no pressure from domestic pharma companies on the government, unlike the cases above. Equally, Kuwait does not have a significant drug production capacity and so the government has limited options - manufacturing generics is not feasible. Production facilities for generics in other GCC countries are increasing but are currently still relatively low. Therefore, Kuwait is vulnerable to the Intellectual Property laws of producing countries. The state is reliant on importing pharmaceuticals, hence on generic production by third countries. Kuwait, therefore, has a strong interest in allowing strict traditional Intellectual Property laws to be relaxed or circumvented via compulsory licencing, or new innovative methods.

Article 31 TRIPS: Traditional Intellectual Property Law Solutions in Times of Crisis

Instead of allowing proprietorial Intellectual Property players to enjoy complete exclusivity, there are several possible solutions to the crisis, allowing a more open access but also maintaining respect for the sole ownership model. This chapter analyses the traditional Intellectual Property exceptions to monopoly rights, as authorised under national law and Article 31 TRIPS.

Compulsory licencing and Article 31 TRIPS

According to the WHO, ‘‘compulsory licensing enables a competent government authority to license the use of a patented invention to a third

(95) Enrico Bonadio & Andrea Baldini, ’COVID-19, Patents and the Never-Ending Tension between Proprietary Rights and the Protection of Public Health’, 11 (2) (2020) European Journal of Risk Regulation, 390

promising vaccine candidate developed by the German company CureVac''.[89] Reaction was swift, with Jens Spahn, the German health minister, confirming that CureVac would only develop vaccines ''for the whole world, not for individual countries.''[90] However, this is hardly a guarantee. Also, it must be noted that, on 16 March, the day after the story hit the press, the EU offered CureVac $80bn in support financing.[91] Other countries or regions might not have such deep pockets and be so able to ward off potential buyers.

Another potential example of Intellectual Property exploitation can be seen earlier this year when, in Jan 2020, the Wuhan Institute of Virology of the Chinese Academy of Sciences in China tried to patent Remdesivir, the drug mentioned above, as a potential treatment for COVID-19. Remdesivir was already owned and patented by Gilead (including in China).[92] However, second-use or new-use Intellectual Property law allows a new patent to be filed for a drug that is Intellectual Property protected if the use of the patented drug is to treat a new disease.[93] Although there is not complete clarity on the nature of the filing, China's patent request, at the start of a pandemic, was highly controversial. In their statement (as translated), the Chinese authorities claimed that their interest was not commercial and the application was ''from the perspective of protecting national interests in accordance with international practice''.[94] However, under Intellectual Property law, patent protection also covers non-commercial uses. It is true that the two parties now seemingly are cooperating. But China's application has been

(89) Letter from European Members of Parliament to European Commission, (March 2020).

(90) Owen Dyer, 'Covid-19: Trump Sought To Buy Vaccine Developer Exclusively For US, Say German Officials' 368 (2020) BMJ

(91) European Commission Press Release, 'Coronavirus: Commission Offers Financing to Innovative Vaccines Company CureVac' (16 March 2020)

(92) Yu Dawei & Denise Jia, 'China Grants Three Patents to Gilead's Remdesivir as Hopes Rise for Effective Treatment' Caixin (27 Feb 2020).

(93) Wu Xiaoping and Zhang Mengqian (Wanhuida Intellectual Property), 'Patent Applications on Inventions for Pharmaceutical Use' China Business Law Journal (17 April 2020)

(94) Wuhan Institute of Virology, 'Chinese Scholars Have Made Important Progress In Screening Anti-2019 New Coronavirus Drug', Official Statement (translated) (4 Feb. 2020), available at: www.whiov.cas.cn/kyjz_105338/202002/t20200204_5497136.html, accessed 21 April 2020

Equally, it is important to ask why the orphan drug legal status was granted in the first place. Would Kuwait accord special protection in similar circumstances? One criterion for orphan drug status is that the disease targeted is very rare. COVID-19 is not ’rare’. Nor was it ’rare’ in the middle of March. It has already been classified as a pandemic, a global threat, to the world population. Furthermore, the principle of no financial reward is equally hollow. By according orphan drug status to Remdesivir, the US authorities were effectively saying that no drug company would make a profit from finding a cure for COVID-19. A difficult position to maintain.

Furthermore, in the midst of global pandemonium and with focus elsewhere, some Intellectual Property laws are actually being tightened, without due transparency. Recently, Senator Ben Sasse introduced a bill ostensibly to limit medical litigation re Intellectual Property relating to COVID-19 but actually also constituting a ’patent grab’ for large medical companies, giving an extra ten years of patent protection.(86) This seems disingenuous, at best.

More direct criticism of states’ attempts to abuse their power in Intellectual Property law is seen in the report in Welt am Sonntag that the American President had offered approx. $1bn to entice German pharma company, CureVac, to move to the US to develop its vaccine there. The crucial condition, supposedly, was that any vaccine developed would belong solely to the US.(87) This was confirmed by senior German ministers and has been roundly condemned by politicians across the EU and elsewhere:(88) in an open letter, 33 European Members of Parliament said ‘‘we are alarmed and shocked by reported efforts by the United States’ Government to obtain an exclusive licence on a purportedly

(86) 116th Congress, 2nd Session, Bill ’To Provide Certain Limitations On Liability For Actions Taken By Health Care Providers To Combat COVID-19’ (March 2020) available at: www.sasse.senate.gov/public/_cache/files/9e3d592b-7741-4b1d-9d08-24b26d9d6c0f/facilitating-innovation-to-fight-coronavirus-act.pdf, accessed 20 April 2020

(87) ’Dams J. Donald Trump Greift Nach Deutscher Impfstoff-Firma’ [Donald Trump reaches for German Vaccine Company]. Welt am Sonntag (15 March 2020)

(88) Owen Dyer, ’Covid-19: Trump Sought To Buy Vaccine Developer Exclusively For US, Say German Officials’ 368 (2020) BMJ 2020

Will the global patent system be able to strike the balance between research and development initiatives and consumer costs?(80)

Similar Intellectual Property problems have already been encountered regarding COVID-19 drugs. On 23rd March, the large pharma company, Gilead Sciences Inc, applied to the FDA under the Orphan Drug Act 1983,(81) for orphan drug status for Remdesivir, an experimental but promising anti-viral drug. Orphan status is an added 7-year layer of Intellectual Property protection and incentive, aimed at encouraging research into drugs to treat rare diseases. The argument is that if a disease is very rare, there will never be a large demand for medicine, therefore, no company will pursue research as, financially, it makes no sense. This leaves victims of rare diseases without treatment. The European Medicines Agency (EMA) offers even more generous incentives than the US, granting 10-years of market exclusivity.(82) Shockingly to many, the FDA granted approval.

It is important to note, firstly, that Bayer was eventually 'forced' to backdown and agreed a major price reduction, under threat from the US Secretary of Health and Human Services.(83) Gilead actually applied to rescind the orphan status for Remdesivir only a couple of days later, stating that it was ''waiving all benefits that accompany the designation'' and that it recognised the ''urgent public health needs''.(84) Similarly, Roche in the Netherlands initially refused to share its testing expertise for COVID-19, causing major delays in testing but quickly backed down.(85) However, the capitulations were due to intense media scrutiny and public pressure, not - seemingly - from any fundamental change of heart by the companies.

(80) Peter Yu, 'SARS and the Patent Race: An Introduction to the ''Patent Law, Social Policy, and Public Interest'' Symposium' 22 (2004) Cardozo Arts and Entertainment Law Journal

(81) US Orphan Drug Act 1983

(82) European Medicines Agency, 'Orphan Incentives', available at: www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/research-development/orphan-designation/orphan-incentives, accessed 2 May 2020

(83) 'Bayer Cuts Price of Anthrax Drug', The Guardian, London (24 October 2001)

(84) Gilead Company Statement, 'Gilead Sciences Statement on Request to Rescind Remdesivir Orphan Drug Designation', (2020)

(85) Ed Silverman, 'Roche Backpedals And Agrees To Provide A Solution For Coivd-19 Tests In The Netherlands', Stat (27 March 2020)

IP law is also dictating our response to COVID-19 by providing an intricate mesh of related rights. As well as the patents for pharmaceutical vaccines and drugs, there are also copyright issues regarding IT software for ventilators, for instance, and their user manuals. Equally, trade secret Intellectual Property law stands in the way of data sharing as it applies to keep information confidential. Added to this is the fact that patents and copyright must be filed in multiple countries and/or regions. The expiry date for each is not the same. Licencing arrangements might already be in place. Governments will need to act quickly to ensure supply to a ’miracle’’ cure/treatment but may find themselves bogged down, trying desperately to disentangle the web of different Intellectual Property rights, causing significant delays.

IP Rights: the potential for abuse

The risk of being held captive to drug companies by their use of intellectual property law during public health crises is not new. Post 9/11, when US authorities believed there was a threat of anthrax attacks,(76) the Intellectual Property rights for the only approved drug to treat anthrax, ciprofloxacin, were owned by Bayer.(77) However, seemingly, the company would take twenty months to fulfil government production requests and refused to lower prices. Despite other producers offering to perform the task in three months, the company refused to authorise production of a generic version.(78)

This was not a one-off: similar problems were encountered with outbreaks of SARS, MERS, HIV/Aids and H5N1. Drug accessibility for poorer nations depends on global Intellectual Property laws that create an appropriate and equitable framework.(79) There is what Yu refers to as a ’serious tension’ between first and third world countries. The question is whether lessons have been learnt. As Yu says:

---

(76) USA Congressional Hearings, ’S. Hrg. 107-440 - Effective Responses To The Threat Of Bioterrorism’ (October 9th 2011), Committee on Health, Education, Labor, and Pensions

(77) Keith Bradsher, ’A Nation Challenged: CIPRO; US says Bayer will cut costs of Anthrax drug’, The New York Times (24 Oct. 2001)

(78) ibid

(79) Adrian Towse, Eric Keuffel, Hannah Kettler & David Ridley, ’Drugs and Vaccines for Developing Countries’ in The Oxford Handbook of the Economics of the Biopharmaceutical Industry, (Ed. Patricia M. Danzon & Sean Nicholson, Oxford, 2012) 302

The Role of Intellectual Property Law in the current COVID-19 crisis

Law does not stand in isolation to the world around it, as a purely scholarly and academic pastime. Rather the law must be reactive and proactive. As John Finnis writes, "the philosophy of law is not separate from ethics and political philosophy, but dependent upon them.[72] Legal systems are not 'simply sets of norms' but must be "engaged with ethical and political issues and challenges, both perennial and peculiar to this age".[73]

This premise is illustrated perfectly in the current legal dilemma as to how Intellectual Property law should both react to the crisis and proactively help find a solution to the crisis. Drug companies are currently working flat out to find a drug/vaccine to treat COVID-19 but the sole-ownership model of Intellectual Property means that the first company to discover the successful drug will, in theory, have complete ownership and control over that drug for 20 years. All other producers will be blocked.

The opportunity to exploit the Intellectual Property is huge. Price fixing and product control are two extremely important areas of concern.[74] Whole countries may be excluded: Kuwait would have no legal leverage to ensure access for Kuwaiti citizens to the cure. Equally, whole strata of the world's population, in particular the lower-income, may be priced out.

An even worse outcome is if current Intellectual Property actually prevents a cure being found in the first place. Vaccines and treatments will not be found quickly if all parties work in isolation. The law needs to provide a framework to allow findings and ideas to be exchanged or else there is, as Rimmer writes, a "danger that such competition for patent rights may undermine trust and cooperation within the research network".[75]

---

(72) John Finnis, 'What is the Philosophy of Law?' 59 (2) (2014) The American Journal of Jurisprudence, Volume, 133

(73) ibid

(74) Hannah Brennan et al, 'A Prescription for Excessive Drug Pricing: Leveraging Government Patent Use for Health' 18 1 (2017) Yale J.L. & Tech

(75) Matthew Rimmer, 'The Race to Patent the SARS Virus: The TRIPS Agreement and Access to Essential Medicines', 5(2) (2004) Melbourne Journal of International Law 335

Moreover, the Bayh-Dole Act 1980[68] allows private and public universities carrying out publicly funded research to apply for patents in their own name.

This reverses the previous status quo whereby if the government funded the research, then the government would file and own the patent and issue non-exclusive licences, allowing the benefit to be spread back among the public. As Rimmer points out, the act of filing patents by public institutions is precisely for the 'greater public good'.[69] However, not only are the universities now claiming the invention for their own property portfolio, but many of them are selling these patents to 'patent trolls' (companies who collect Intellectual Property for no other purpose than to bring highly speculative litigation). Ewing & Feldman describe this as an "extortion and a drag on innovation".[70] It is hoped that as Kuwait develops its patent law and pursues its policy of income diversification, with an expected expansion in drug companies, amongst others, that the country does not follow the same path.

Based on the above, the theory of Intellectual Property law stands to create harmony between the interests of the whole Intellectual Property community. However, this is not so true in practice: the short-term importance of drug companies based on political power has often overridden the long-term benefits of citizens. Allowing public institutions to commercialise patents also has a negative effect on the jurisprudential legal balance between the public and private sectors.[71] The COVID-19 pandemic has questioned this. There is a demand for more collaboration in the common good. It is therefore necessary to consider the impact of Intellectual Property law in the current crisis and the alternative approaches to create the most beneficial outcome.

(68) US Bayh-Dole Act 1980 (also called Patent and Trademark Law Amendments Act)

(69) Matthew Rimmer, 'The Race to Patent the SARS Virus: The TRIPS Agreement and Access to Essential Medicines', 5(2) (2004) Melbourne Journal of International Law 335

(70) Robin Feldman & Thomas Ewing, 'The Giants Among Us' 1 (2012) Stanford Technology Law Review

(71) Matthew Rimmer, 'The Race to Patent the SARS Virus: The TRIPS Agreement and Access to Essential Medicines', 5(2) (2004) Melbourne Journal of International Law 335

innovation. Although many drug companies are purely private, bearing the burden of their own R&D costs, some are public institutions and many more are private but receive public funding. But with public privileges comes public responsibilities, "we must not allow private corporations developing medical tools with EU funding to place profit maximisation ahead of public health considerations at such a critical point in time".(65)

As seen historically, Kuwait has an important public sector and policy of state involvement. The Kuwait Research Institute applies for patents, generally in the US, on behalf of products it believes to be worthwhile and patentable and is then the holder of the patent. This is easier as the patent is then publicly owned.

However, publicly-owned Intellectual Property protection will only apply to that state. Most of the potential drugs for COVID-19 drugs currently being tested are being developed in the US, China, UK, Germany etc. If people in Kuwait cannot access the COVID-19 vaccine, it makes very little difference if that is because the patent is owned by a foreign company or a foreign government. Diplomatic pressure may be easier to exert on a government, but the legal issues are fundamentally the same.

More generally, many private companies and research facilities are actually publicly funded or, at least, receive significant public grants. There seems to be something wrong in a system where public money funds the development of a treatment that is essential to public health and yet the public (or sections of the public) may be legally excluded from accessing it. Again, the US provides a clear example, having tried to pass at least three times the Fair Access to Science and Technology Research Bill, but without success.(66) This is a successor to a similar, and equally unsuccessful, bill entitled the Federal Research Public Access Bill.(67) It is difficult to see why the fruits of tax-funded research should then be privately held, excluding the very tax payers who paid for it.

(65) Letter from Members of European Parliament, 27 March 2020, available at: https://haiweb.org/wp-content/uploads/2020/03/MEP-Covid-Letter-March-2020.pdf, accessed 5 May 2020

(66) US Fair Access to Science and Technology Research Act (Bill) 2013

(67) US Federal Research Public Access Act 2012

frozen in terms of actually assessing and issuing them. Sarah Al-Hubail of the Kuwaiti Patent Office[62] highlights that after Kuwait's signing up to the GCC's Gulf Patent Agreement became effective, in 2016[63], the Kuwait Patent Office was suspended, as the terms of this agreement stated that the office shall be run as a unified Gulf office. The Patent Office in Kuwait delegated its functions as a Receiving Office to the International Bureau. Moreover, for both international and national filings, the Patent Office of Egypt and the European Patent Office were appointed by Kuwait as the appropriate International Searching and Preliminary Examining Authorities. It is therefore not altogether surprising that after Kuwait joined the PTC Treaty issued by the General Organization of Intellectual Property WIPO, Kuwait received a violation warning for not having a functioning office.

Kuwait has therefore been working hard since 2019 to make up for lost time and re-energise its Intellectual Property presence.[64] Currently, patents are being awarded by ministerial decisions. GCC patents can also be filed. Importantly, of the 40 approved Kuwaiti patents in the last year or so, about 50% of these patents are for medicines. However, these medicines, although patented as original work, are not yet approved by a Medical Board such as the FDA in the USA, the European Medicines Agency or the UK's Medicines and Healthcare products Regulatory Agency (MHRA).

Kuwait is trying to move very swiftly into the 21st century with an Intellectual Property legal system that encourages business and innovation, as part of the country's move towards diversification of income. However, the public benefit aspect underlying all Intellectual Property law must not be forgotten, as the COVID-19 crisis is perfect illustration.

The Intellectual Property Dilemma in Public/Private Sectors

One important area of discussion re the crossover between public and private benefit is the realm of publicly-funded medical research and

(62) Interview with Sarah Al-Hubail, Chemical Engineer, the Kuwaiti Patent Office
(63) PCT Notification No. 208 Patent Cooperation Treaty (PCT), Accession by the State of Kuwait, June 2016, effective September 2016
(64) Interview with Sarah Al-Hubail, Chemical Engineer, the Kuwaiti Patent Office

further amended in1979.[54] With respect to Kuwait, the Berne Convention entered into force on 2 December 2, 2014, under Law No. 35;[55] as such, Kuwait is now a member of the International Union for the Protection of Literary and Artistic Works (the "Berne Union").

More recently, Intellectual Property law has been a major focus of Kuwaiti lawmakers. The 1999 Law No. 64 had been roundly criticised as being too ambiguous and with procedural flaws.[56]

To demonstrate its commitment to global Intellectual Property law and to show that it was keeping pace with its international developments, Law No. 22 2016 was passed.[57]

However, this focuses on copyright, not patents. Very recently, in June 2019, the National Assembly also approved the Copyright and Neighbouring Rights Law No 75.[58] Equally, the Patent Office in Kuwait announced an update in the fees for all patent related matters. As per Ministerial Decree No. 287 of 2019,[59] the new fees entered into force on July 21, 2019. The Secretary General of the National Council for Culture, Arts and Literature, Mr Kamel Al-Abduljalil, has stated that the new Intellectual Property rights law is ‘‘a civilized, elegant and important law, and represents a shift that places Kuwait in the ranks of developed countries in the field of intellectual property rights protection’’.[60]

In Kuwait, patent law, rather than copyright, is now governed not by specific domestic law but by Kuwait’s signing up to the GCC Patent Agreement. This regional treaty was passed by the Kuwaiti parliament into national law via Law No. 71 2013,[61] an amended in 2018. An important further development in Kuwait’s role as regards Intellectual Property protection can be seen in the re-opening of the Patent Office. Previously, the Patent Office had been open for the filing of patents, but

(54) Berne Notification No. 268, Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Accession by the State of Kuwait, 2 Sept. 2014
(55) Kuwaiti Law No. 35, 2014
(56) Kuwaiti Law No. 64, 1999
(57) Kuwaiti Law No. 22, 2016
(58) Kuwaiti Law No. 75, 2019
(59) Kuwaiti Ministerial Decree No. 287, 2019
(60) Yosra Al Khashab, 6 January 2020
(61) Kuwait Law No. 71, 2013, promulgating the Patent Law (Regulation) for the Countries of the Cooperation Council for the Arab Gulf States

The History of Intellectual Property Law in Kuwait

Kuwait's Intellectual Property journey has been rather a chequered one. The commitment to patent protection is clear: following Kuwait's independence, patent law was passed as one of the very first set of laws, to protect inventors and creators. Law No. 4 1962 covered patents only.[(48)] Drugs were covered based on patentable methods. Kuwait Patent Law No. 4 1962, Article 2(2), says:

> "Patents for chemical inventions related to food, medical drugs, or pharmaceutical compounds are not granted unless these products are manufactured by special chemical methods or processes. In this last case, the patents do not go into the products themselves but rather the way they are made."[(49)]

Law No. 64 1999 extended cover to all intellectual property.[(50)]

International treaties and conventions are also very important and show Kuwait's commitment to Intellectual Property law on the global stage. The State of Kuwait has signed up to many regional and international agreements to protect Intellectual Property rights, as shown by Law No. 16 1986 which was issued to approve the accession of the State of Kuwait to the Arab Convention for the Protection of Copyright[(51)] and Law No. 2 1998 approving the accession of the State of Kuwait to the agreement establishing the World Intellectual Property Organization (WIPO).[(52)] On 1 January 1995, the State of Kuwait became a member of the World Trade Organisation (WTO), under which, inter alia, Kuwait agreed to the provisions of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS). Equally, in 2014, under Law No. 36,[(53)] Kuwait approved its accession to the Paris Convention and the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works of 9 September 9, 1886, as revised in Paris in 1971 and

(48) Kuwaiti Law No. 4, 1962
(49) ibid, Article 2(2)
(50) Kuwaiti Law No. 64, 1999
(51) Kuwaiti Law No. 16, 1986
(52) Kuwaiti Law No. 2, 1998
(53) Kuwaiti Law No. 36, 2014

support the social benefit that the law is trying to promulgate. The law also is premised on an Islamic principle of 'la Darar Wala Derar',(44) the duty to do no harm. The enforcement of a right can only be considered as proportional to the harm done to others.(45) Equally, a right is not upheld if it would cause uncommon, unscrupulous harm to others. Although Kuwaiti Civil Law is based very much in its French roots, the influence of Islamic traditions and cultural principles place greater emphasis on the common good of society. In this sense, the utilitarian philosophical principles are accepted, as a balancing exercise, but with a strong focus on society as a whole, rather than private commercial interests.

It should also be noted that, although it is readily accepted as a self-evident principle, not everyone believes that Intellectual Property law actually achieves the goal of encouraging innovation. Boldrin and Levine write that "while patents can have a partial equilibrium effect of improving incentives to invent, the general equilibrium effect on innovation can be negative".(46) Other scholars take it further: Torrance & Tomlinson writes that "little empirical evidence actually links the prospect of patent protection for inventions to increased rates of invention".(47) This matter deserves further academic research: if the fundamental premise of the commercial need for Intellectual Property law is actually false, the whole intellectual legal argument is flawed.

The COVID-19 crisis shows us that our law is not simply a theoretical exercise, it must have a practical purpose, to increase the common good. The law will be judged against how well it serves that purpose. Following the scholarly approach in both western and Middle Eastern cultures, it is therefore important to see where Kuwait stands in practical terms, as per the country's domestic and international commitments to Intellectual Property law.

(44) Ubadah ibn al-Samit reported: The Messenger of Allah Mohammed, peace and blessings be upon him, issued a decree, "Do not cause harm or return harm."
Source: Sunan Ibn Maja 2340 Grade: Sahih (authentic) according to Al-Albani

(45) Kuwaiti Civil Code, Law No. 67, Article 30

(46) Michele Boldrin & David K Levine, 'The Case Against Patents', 27 (1) (2013) The Journal of Economic Perspectives: 3, 3

(47) Andrew W. Torrance & Bill Tomlinson, 'Patents and the Regress of Useful Arts' 33 (2009) Southern Illinois University Law Journal, 240

and work are ‘‘each complementing and controlling the other’’ and must all function ‘‘without extravagance or domination or exploitation of social justice’’.[36] It is, therefore, clear that the creator exercises his rights only insofar as it is consistent with the collective interests and benefits of the community, the interests of the author may be exposed to the interests of the group. Therefore, a balance must be struck between both sets of interests.[37] In similar fashion, Dr Adel Al-Tabtabai writes that these rights have ‘‘a social function that was not specifically intended to define ownership, but rather intended to organize its function in the interest of the group, in addition to the right of the owner’’.[38] The dual aspect of public-private is well balanced, based on the social organization of property, and an overriding aim to ‘‘prevent harm to the interest of the masses or abuse of the right’’.[39] Furthermore, as Dr. Abdulaziz Al-Khanfousi expounds, in times of dispute, the ‘‘the public interest is always a priority over the private interest’’.[40]

Article 20 of the Kuwaiti Constitution goes one step further, stating very clearly that the country’s economy is based on ’social justice’,[41] showing that the very heart of Kuwait is rooted in social good. It is therefore not surprising that, although Article 18 explicitly respects private property rights,[42] intellectual property law in Kuwait has a broader aim, namely to advance social and civic benefit.

A similar emphasis is seen in Kuwait’s Civil Code. Article 30 states that ‘‘the use of the right is unlawful if its owner deviates from its purpose or from its social function’’.[43] Again, the essential nature of public utility is at the root of the law: private rights are upheld insofar as they

(36) Kuwaiti Constitution of 1962, Explanatory Memorandum

(37) Ainsi, applique a notre discipline, l’abus de droit permet de determiner un ’code de bonne conduit a l usage des auteurs qui exercent leurs droit.’’ Pierre Sirinelli, ’Exceptions Et Limites Aux Droit D’auteur Et Droits Voisins. Atelier Sur La Mise En Oeuvre Du Traite De LOMPI’, Geneve December 1999, 36. From Abuse of Copy Rights , cited in Khalid al Hendyani, cited in Khaled Al-Hindiyani, ’Abuse of Copyright’, 1 (2016) Kuwait University Law Journal, 88

(38) Adel Al-Tabtabai, The Constitutional Order in Kuwait, (Third Ed. 1998), 478

(39) ibid

(40) Abdulaziz Al-Khanfousi, Introduction to Intellectual Property Law, (Centre of Academic Books 2018) 42

(41) Kuwaiti Constitution of 1962, Article 20

(42) Kuwaiti Constitution of 1962, Article 18

(43) Kuwaiti Civil Code, Law No. 67, Article 30

’taking’ from the earth, and the God-given right to then own what you make, ignores any concept of public good.

Middle Eastern scholars, on the other hand, focus heavily on the social purpose of Intellectual Property law. As Dr. Al-Hindiyani writes:

> Rights originally have social goals and purposes. The right must be exercised in accordance with the social goal for which it was granted. Rights are not ends in themselves but rather a means to achieve the desired goal of granting them, and legal protection is linked to achieving this social goal. This means that private rights are not separated from the social goal that these rights exist to serve.(33)

This is a succinct summing up of the power and relevance of Intellectual Property rights, as well as others. The general non-Western approach understands the dilemma between private interest and public good, between the “interests of the author regarding his exercise of his literary right and of the interest of the group”, but does not see a conflict as such.(34) While private interest is recognised, the main premise is that the use of the right must be legitimate, in accordance with its original form and must not deviate or veer from the social utility function.

The traditional, cultural Arabic commitment to the civic duty that property imposes, as seen over history, can be seen explicitly in the Kuwaiti constitution. Article 16 states that:

> Ownership, capital, and work are essential ingredients of the state’s social entity and national wealth, and they are all individual rights with a social function regulated by law.(35)

IP rights are held by an individual but for a social and civic function, as recognised by law. The individual’s rights are not paramount, they only exist within the legal and social framework which strives to promote a common good. The Explanatory Memorandum further develops the idea of a cohesive whole aimed at promoting the wealth and the social good of the country by stating that the three pillars of ownership, capital

---

(33) Khaled Al-Hindiyani, ’Abuse of Copyright’, 1 (2016) Kuwait University Law Journal, 91

(34) Muhammad Abdul-Sadiq and Abdul Rashid Mamon, cited in Khaled Al-Hindiyani, ’Abuse of Copyright’, 1 (2016) Kuwait University Law Journal, 249

(35) Kuwaiti Constitution of 1962, Article 16

There are many academic theories that justify this position. Utilitarianism recognises Intellectual Property as being necessary to encourage and promote technological, scientific and intellectual progress.(27) There is a distinction between long- and short-term benefit, but the aim is the same: Intellectual Property rights will create some social good that will confer a short-term benefit on an institution or certain individuals, i.e. the inventors, but will also confer a long-term benefit on society as a whole. This is the basic tenets of the such influential legal philosophers as Jeremy Bentham and John Stuart Mill, based on the 'greater good' theory.(28) The good that will come from the action, is balanced against the negative effects of the action and the best decision that which results in the most net benefit overall. Interestingly, this theory is seen in many important legal and constitutional documents. The UK Statute of Monopolies 1623, some 500 years ago, outlaws monopolies as being against 'publique good', but makes an exception for patents.(29) The US Constitution states that: "[The Congress shall have power] To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries."(30) The importance of scientific progress, not commercial profit, is clear.

Alternatively, for instance, the Labour-Desert theory expounds the premise that the effort put into the work deserves to be recompensed. As John Locke writes, this is based on the natural right to property with which we are born, the right to help ourselves to the world's resources, add our work to those resources, and take ownership of what we create as a consequence.(31) However, although this may correspond better to realty, Locke's analysis struggles rather to explain intellectual property (e.g. exclusivity).(32) More importantly, placing more emphasis on

(27) ibid
(28) Jeremy Bentham, A Manual of Political Economy (New York: Putnam, 1839); John Stuart Mill, Principles of Political Economy (OUP, 1998, 1st published New York 1862)
(29) Statute of Monopolies (UK) 1623
(30) US Constitution, Article 1, Section 8, Clause 8
(31) John Locke, Two Treatises of Government (P. Laslett, ed., Cambridge: CUP, 1970), Second Treatise, Sec. 27.
(32) William Fisher, 'Property and Contract on the Internet,' Chicago-Kent Law Review, 73 (1998) 1203, 1207

Lobbying plays a vital role, too. The industry invests heavily to try and get government to prioritise their interests, over and above those of the general public. From 1998 to 2014, ‘‘Big Pharma spent nearly $3 billion on lobbying, drowning out the voices of consumers and the interest groups that try to represent them’’.(24) This gives them leverage in how patent laws are formed and passed or - importantly - not passed.

Even worse, patient rights groups who are supposed to be the counterbalance and represent the public’s interest actually are often working in cohort with the very same drug companies. The New England Journal of Medicine study shows that ‘‘among 104 of the largest U.S.-based patient-advocacy organizations, at least 83% received financial support from drug, device, and biotechnology companies, and at least 39% have a current or former industry executive on the governing board’’.(25) If the consumer bodies are basically controlled by the pharma companies, who will actually protect the interests of the public?

The problem, therefore, is that although the law is trying to promote the overall benefit to the public, the balance of power is wrong, and the original ethos has been lost. As part of the growing demand for a more collaborative legal approach in face of the Coivd-19 pandemic, it is important to recognise this ethos, its origins and its continued applicability today.

The Essence of Intellectual Property: Creations, innovations and ’work’

IP laws are a codification of the concept that new and original work created qualifies as ’property’ and therefore can be owned, with all the additional benefits - and burdens - that ownership entails. The different methods of Intellectual Property (copyright, trademarks, patents etc) are simply different versions of the same principle, in recognition that original and intangible work can take many forms and therefore the protection required needs to take different forms to reflect this.(26)

(24) Leslie E. Sekerka & Lauren Benishek, ’Thick as Thieves: Big Pharma Wields its Power with the Help of Government Regulation’, 5 (2018) Emory Law Corporate Governance and Accountability Review, 113

(25) Matthew McCoy et al, ’Conflicts of Interest for Patient Advocacy Organizations’, 376 (9) (2017) New England Journal of Medicine, 880

(26) Tanya Applin & Jennifer Davis, Intellectual Property Law (OUP 2017) 2

incentive to companies to invest, create, and bring to market inventions and innovations that will benefit the world. Shareholders benefit, but only inasmuch as there is a public demand for the product. Encouraging innovation therefore benefits all. Professor Shapiro writes that this is the second rationale behind TRIPS, ensuring the ‘‘public policy perspective in which property rights can be legitimately encumbered with public regulation to strike a balance between the interests of producers and consumers of intellectual property rights’’.[(20)] The state, therefore, implements Intellectual Property law in order to encourage companies to produce medicines that will benefit its citizens. It is the benefit to the citizens that is at the root of the law.

The Legal Ethics of Big Pharma

However, the ethical dilemma is rarely seen this way in practice. Rather, large pharma companies have significant power and sway, politically, and their interests are often prioritised. The private property model, what Professor Shapiro calls the ’first rationale’ for TRIPS,[(21)] relies on contractual autonomy and the presumption that legal ownership allows any owner to treat his/her property as they see fit. Self-interest will, supposedly, lead owners to create more property by dedicating more to invention and innovation, thereby maximising profits. This more commercial focus of Intellectual Property is largely tied to the size and power of the industry. The recent IQVIA Institute for Human Data Science Report states that the industry is currently worth approx. $1.2 trillion, reaching $1.5 trillion by 2023.[(22)] This generates corporate interests and a tax base that is highly influential to government. Importantly, too, the industry is ’intensely concentrated’[(23)], with a limited number of highlight influential players, hence the risk of exclusion to smaller countries such as Kuwait.

(20) Robert Shapiro, ’Patent Infringement During a Time of National Emergency’, 37 (18) (2004) Winsor Rev. Legal & Soc., 50
(21) ibid
(22) IQVIA Institute for Human Data Science, ’Global Use of Medicine in 2019 and Outlook to 2023 Report’, Jan 19 2019.
(23) Kenneth C. Shadlen et al, Intellectual Property, Pharmaceuticals and Public Health: Access to Drugs in Developing Countries, (Edward Elgar Publishing Ltd, Cheltenham 2011) 2

This is a global pandemic. We need a global response. Kuwait's Intellectual Property strategy needs to be in line with the rest of the world. Every person has the right to access effective health care and the Intellectual Property legal framework needs to enable this. There is pressure on the drug companies to behave in a morally responsible way. Many will rise to this challenge. However, a global crisis has called into question the existing legal regulations. Now is the perfect time to revisit the history of Intellectual Property law, what it strives to achieve and the different legal methods to do so. An open, sharing platform is the way forward during the Coivd-19 crisis. It may even pave the way for a more permanent change in the world's understanding of intellectual property law.

The Jurisprudential Basis of Intellectual Property and its History in Kuwait: Public Benefit v Private Gain

The concept of Intellectual Property law is often portrayed as a balancing exercise between public benefit and private gain. Article 7 of TRIPS, states that:

The protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations.(18)

As Torrance and Tomlinson write:

> The traditional assumption underlying justification of patent systems is that the prospect of patent protection for new inventions should lead to higher rates of technological innovation, along with greater attendant benefits to society.(19)

This paper contends that there is no conflict in the private/public aims - the underlying purpose of patent IP, as with all law, is to promote public benefit and companies' interests need to be respected precisely to serve the same aim. Historically, Intellectual Property works as an

(18) Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) 1995, Article 7

(19) Andrew W. Torrance & Bill Tomlinson, 'Patents and the Regress of Useful Arts' 33 (2009) Southern Illinois University Law Journal, 239

or adversely affect the international transfer of technology".[13] The WTO Ministerial Conference in Doha in 2001 issued a declaration confirming that "the TRIPS Agreement does not and should not prevent Members from taking measures to protect public health".[14]

Instead of compulsory licencing, a more revolutionary approach to Intellectual Property law is needed: the creation of a new, collaborative, open source basis for Intellectual Property law. This is not a completely novel proposal: patent pools (a voluntary aggregation of Intellectual Property rights) have previously been touted as a solution for various technological issues.[15] However, this has been rare for pharmaceuticals, and has not been implemented on a global scale. Different versions are possible. Costa Rica recently made a proposal to the WHO for a worldwide patent and data-sharing pool,[16] which has since been backed by the MMA, the EU, many governments and even some leading drug companies. There is also growing commitment to the Open Pledge that "grants to every person and entity that wishes to accept it, a non-exclusive, royalty-free, worldwide, fully paid-up license (without the right to sublicense) under Pledgor's patents and copyrights.....".[17] This does not mean that Intellectual Property rights are abandoned but it commits the pledgors to share their data, their legal rights and to allow scientists around the world to work together in a way that it is not constrained by fear of litigation. A different approach has been to simply bypass Intellectual Property laws by offering a major financial incentive, as a prize, for discovering a cure. This has historical origins and shows another method of achieving Intellectual Property law's goals and objectives. All ways must be considered.

(13) Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) 1995, Article 8
(14) World Trade Organisation (WTO), 'Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health', Doha WTO Ministerial 2001, WT/MIN(01) /DEC/2, Para 6
(15) Estaban Burrone, 'Patent Pooling in Public Health', in Margaret Chon, Pedro Roffe, Ahmed Abdel-Latif (Eds), The Cambridge Handbook on Public-Private Partnerships, Intellectual Property Governance, and Sustainable Development (CUP 2018). See also the United Nations-backed Medicines Patent Pool (MPP) at medicinespatentpool.org.
(16) Letter from the Costa Rican President and Minister of Health to the WHO, dated 23 March 2020, available at: www.healthpolicy-watch.org/wp-content/uploads/2020/03/Picture.png, accessed 5 May 2020
(17) Open COVID Pledge, 'Open COVID License - Patent and Copyright (OCL-PC) 1.1' (17 April 2020)

develop their new product in-house, in secret and then file for patent protection as soon as possible. This is the opposite of what we need.

Kuwait is at risk. The history of Intellectual Property law in Kuwait, as in all other countries, is governed by national laws and also commitments under international treaties, primarily TRIPS, the Berne Convention,[9] Paris Conventions,[10] and also as part of the GCC Patent Office. Since 2019, patents are granted via ministerial decision. Pharmaceuticals are covered. However, Kuwait does not have a sophisticated domestic drug manufacturing industry, relying instead on major international pharma companies. Despite recent growth of regional drug production facilities in the GCC, it is still in very early stages. Therefore, Kuwait, as an importer, is effectively bound by the Intellectual Property protection of those drugs or the Intellectual Property laws of generic producers authorised under Article 31. For this reason, it is very welcome that Kuwait was not one of the 37 countries that, effective 2017, decided to opt out of a TRIPS amendment which allows a country to be an ‘‘eligible importing member’’ and import drugs made under a compulsory Intellectual Property licence.[11]

The world acknowledges this danger. As Bonadio and Baldini write, ‘‘can we really justify Intellectual Property laws that are used in a way that limits the availability of medicines and aims at increasing profits in times of health emergency?’’[12]

But there is no consensus on the best way to address it. The key issue is whether - and, if so, how - Intellectual Property law can allow public benefit to override the total monopoly rights of the patent holder. TRIPS, Article 8, outlaws any ‘‘abuse of intellectual property rights by right holders or the resort to practices which unreasonably restrain trade

---

(9) Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 1886

(10) Paris Convention for the Protection of Industrial Property, 1883

(11) James Love, ’Open Letter Asking 37 WTO Members to Declare Themselves Eligible to Import Medicines Manufactured Under Compulsory License In Another Country, Under 31bis of TRIPS Agreement’ (7 April 2020) Knowledge Ecology International.

(12) Enrico Bonadio & Andrea Baldini, ’COVID-19, Patents and the Never-Ending Tension between Proprietary Rights and the Protection of Public Health’ 11 (2) (2020) European Journal of Risk Regulation, 390

policy-based dilemmas, giving rise "to potentially far-reaching consequences for scientific research, the biotech industry, and human health".[3]

It is true that countries already have the right to override patent exclusivity in certain circumstances. Compulsory licencing rights under national law, and as authorised under Article 31 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS),[4] are very broad. Contrary to traditional scholarly interpretation, this article contends that s.31(b) simply waives the requirement of mandatory negotiation with the rights holder in times of 'national emergency or... extreme urgency',[5] as opposed to requiring such an emergency. Importantly, especially for countries like Kuwait, Article 31 bis provides a legal amendment to no longer restrict compulsory licencing to supplies for the domestic market.[6] However, the power under Article 31 is unpopular, very rarely used and, as highlighted by Dr. Donia Bastaki, the Head of Kuwait's Drug Registration Department Pharmaceutical and Herbal Medicines Registration and Control Administration Ministry of Health, does not provide a practical and effective means to serve the nation's common good in times of emergency.[7]

Because Intellectual Property law exists as an exception to anti-monopoly laws, as recognised over history, it has to be used circumspectly. In 2014, Lord Neuberger cautioned against allowing Intellectual Property law to develop in a way whereby it "will grant a monopoly over a class of chemicals to a single drug company at a stage when it is far more in the public interest that there is a free and competitive market in working and experimenting on those chemicals".[8] And yet existing patent law incentivises each company and research institute to act independently, to

(3) Eli Lilly & Co v Activis UK Ltd & Others [2017] UKSC 48
(4) Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) 1994, Article 31 (Annex 1C Marrakesh Agreement Establishing the Trade Organisation)
(5) ibid, Article 31(b)
(6) ibid, Article 31 bis
(7) Interviews with Dr Donia Bastaki, Head of Drug Registration Department Pharmaceutical and Herbal Medicines Registration and Control Administration Ministry of Health, Kuwait, 28 April 2020 and 1 May 2020.
(8) Lord Neuberger, 'Intellectual Property in the UK and Europe' 'Burrell Lecture for the Competition Law Association, (1 April 2014)

- **Compulsory Licencing under Article 31 TRIPS is not a Perfect Solution**
- **Intellectual Property: A New Collaborative Approach to Endorse Social Duty**

Introduction

The traditional legal sole ownership model of intellectual property law is proving itself not fit for purpose when faced with a global pandemic. Exclusivity of Intellectual Property ownership has to be eased in times of national emergency. Historically, Intellectual Property rights were implemented to provide ‘‘an exchange between society and inventors/creators, rewarding innovative and creative work while giving society the benefits of greater technological and creative diffusion’’.[1] However, this article contends that in crisis, this ’exchange’ cannot be a fifty-fifty partnership, rather the balancing of public interest and private profit has to weigh in favour of social and civic good. This does not imply co-ownership; rather the way forward has to centre on open licences, as part of a collective, collaborative response.

On 11 March 2020, the World Health Organization (WHO) declared COVID-19 a pandemic. Despite Herculean efforts from scientists across the globe, at the time of writing there are no vaccines available, nor any pharmaceutical drugs to successfully treat the virus. Under traditional practice, major pharmaceutical companies will look to protect any treatment they discover through intellectual property laws, primarily patents. This confers legal ownership of the drug and grants a monopoly, generally for 20 years.[2] As legal owners, if the manufacturer wishes not to use their drug, or only sell it only in their own country, or at a vastly inflated price, in theory they have the legal right. Where does that leave the public? Other countries could be totally excluded from access to life-saving treatment. Patent protection for drugs poses especially difficult legal and

(1) Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) ’Summary of the Expert Workshop, ‘‘Society’s Gain From The Intellectual Property Exchange’’’, Chapter 8 in Enquiries into Intellectual Property’s Economic Impact (Report) (2015) 415

(2) e.g. EU Patent Convention, 2016, Article 63 states: ‘‘the term of the European patent shall be 20 years from the date of filing of the application’’. Also, the Gulf Cooperation Council Patent Agreement, Article 15, as implemented into Kuwaiti national law under Kuwait Law No. 71 2013, states that a patent lasts for 20 years.

A Revolution in Intellectual Property Law: COVID-19 demands a new collaborative approach to balance exclusivity rights and social benefit, with a Particular Historical Emphasis on the State of Kuwait

Dr. Bashayer AlMajed

Abstract:

Intellectual property law is preventing institutions from finding a vaccine or a cure for COVID-19. Historically, Intellectual Property principles ensure market exclusivity and promote private benefit, but this runs counter to jurisprudential concepts of social good, especially in times of emergency. Compulsory licencing under national law and the Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) and is one solution but has not been very successful in the past. Nor does it offer much help to countries like Kuwait with no generic drug manufacturing capacity. A new open licencing approach based on a global patent pool is the way forward. The World Intellectual Property Organisation (WIPO) backs this approach. Now it needs to put it into action.

Keywords: independent director, corporate governance, Kuwaiti Stock Exchange, New York Stock Exchange

This paper will discuss:

- **The Jurisprudential Basis of Intellectual Property and its History in Kuwait: Public Benefit v Private Gain**
- **The Role of Intellectual Property Law in the Current COVID-19 Crisis and the Threat Posed by Exclusive Rights**

(*) Assistant Professor (Kuwait)


French Articles


English Articles

Table of Contents

Editorial:

Arabic Articles:

English Articles:

1 - An introduction showing the importance of the subject of thesis .
2 - An abstract of thesis and how it was defined . It should be included in the thesis .
3 - Abstract of the method of thesis , suppositions , sample and tools .
4 - Conclusion of most important results of the thesis .

Fourthly : Reports of Academic meetings :

The Journal publishes Academic reports on seminars and conferences relating to one or more subjects or fields of interest of the Journal which were held recently inside Kuwait or outside . They should be as follows :

1 - The report should cover the activities of the seminar or the conference focusing on scientific researches and on work papers offered and their results with the most important recommendations.
2 - The report should not exceed 5 pages .

Fifthly : Books expositions and revisions :

The journal publishes assessments of books revisions which were recently published which relates to any field of law with the following provisions :

1 - The book should be extinguished and have a new scientific addition .
2 - The person undertaking the revision should be specialized in the same scientific field of the book .
3 - The book should not be offered to publishing previously in another printed edition .
4 - Revision maker should expose a full summery for the book contents showing key points of both excellence and shortcomings . This exposition should not exceed 5 pages .
5 - The Journal grants a Remuneration for exposing of books that are only done on demand from the Journal.

- **Special Rules :**

1 - A list of references is provided at the end of the research including all references referred to in the text . They are given independent pages provided that sources and references are arranged , starting with Arabic then foreign references without numeration .

2 - Footnotes are referred to in serial numbers on all research pages . They are explained according to their serialized numbers .

3 - Each researcher is granted three copies of the published issue which contains his research with 20 copies of the published research .

4 - The Journal reserves all publishing rights – both paper and electronic of the licensed research .

5 - Arrangement of published researches are done according to Technical on Academic considerations .

6 - Priority of publishing is done according to the following :

a - Researches provided by Kuwait University teaching staff .

b - Researches and studies which are concerned with Kuwaiti laws or comparisons with Kuwaiti laws .

c - Date of delivery of the research to the editor-in-chief and presidency of research offers which are amended .

d - Diversification of researches as possible as that could be .

Secondly: Comment on judicial judgments:

The Journal publishes comments on judicial judgments based on the importance of the views of law fiqh in analyzing judgment and referring it to its origins and criticizing it through the relation between law theory and science and practical application according to the following rules :

1 - Commentator should be specialist in law .

2 - Comment should deal with final judgment after finishing all kinds of contest.

3 - Comment should not discuss anything except principles on which judgment was based on .

4 - It should not Criticize Court nor judges who issued the judgment .

Thirdly : Expose abstracts of university thesis :

The journal publishes abstracts of university thesis (masters - PhD’s) which were approved provided they are recently approved . They should also be prepared by knowledge of the writer of the thesis . In addition to this it should be a new addition in one of the branches of law . The exposition should not be more than 10 pages putting in mind the following:

Rules of publication

Law Journal is a Academic, refereed, quarterly Journal. It is issued by the Academic publication Council in Kuwait University. The Journal accepts publishing in Arabic, French and English Languages. It publishes everything that relates to topics favored by the Journal that go round researches and studies, comments on judicial rules, abstracts of Academic papers, reports of seminars and conferences, expositions and revisions of new books according to the following rules:

First Academic researches and studies :

- **General Rules :**

1 - Researcher should undertake to contribute researches or studies that have not been previously published - in print on paper nor electronically - nor offered for publication to other places .

2 - Research should be Studied with depth , originality , and new addition to Legal knowledge .

3 - Commitment to fundamental basics of scientific research and its general rules taking care to accurate scientific documentation of research materials .

4 - The research should not be part of thesis of P.H.D or masters offered by the researcher or part of book previously published .

5 - The research or study should not be more than 15000 words including references , Footnotes, tables , diagrams and appendices.

6 - It is not allowed to publish the research in another Journal after being allowed to be published in law Journal.

7 - Research should be offered in three printed versions of A4-size papers and a (CD) . Accurate correction should be attended to in all versions .

8 - Origins of researches delivered to the Journal are not returned whether published or kept unpublished .

9 - The researcher has to send an Resume (c.v) of himself .

10 - The researcher should enclose a summary of his research in about one page in both Arabic and English Languages .

11 - The Journal does not pay Remuneration for published researches or book revisions or any intellectual materials unless they came on demand of the Journal.

12 - Materials of the published researches express views of their writers and do not necessarily give the point of view of the Journal.

13 - Researches are to be sent to the chief editor's address of law Journal P.O.B.64985 shuwaikh-B 70460 – Kuwait or E-mail of the Journal : jol@ku.edu.kw



Published by Academic Publication Council, Kuwait University

Advisory Board



Special Issue - Part One - November 2020

Website: www.apc.kuniv.edu.kw/jol

JOURNAL OF LAW

The Journal of Law is a Periodical, Academic and Refereed Journal
Concerning the Publication of Legal Research and Studies

Special Issue - Part One - November 2020

All correspondence should be addressed to:

The Editor, Journal of Law,
P.O.Box 64985 Al-Shuwaikh-B 70460 Kuwait
Tel. 24835789 - 24847814 Fax: 24831143
Email: jol@ku.edu.kw
jol.ku.kw@gmail.com

Articles are abstracted and indexed in:
Ebsco Publishing, Legal Source, ISC Databases, Arab World Research Source, Ulrich's IPD, UNESCO DARE Databank, Mandumah, PR Newswire, MECAS Database, copac.

Full texts of the research is available in:
EBSCO Publishing Products
www.mandumah.com

The Journal is Listed in ULRICH'S INTERNATIONAL PERIODICAL DIRECTORY NO: 4965711

ISSN 1029 - 6069

Price List

- Kuwait: 750 Fils
- Gulf States: (Saudi Arabia 10 SR, Qatar 1 QR,Emirates Dh 10, Bahrain BD 1, Oman OR 1).
- Arab Countries: equivelant to $ 1
- Foreign Countries: $ 3

Annual Subscription rates

Type of Subscription	Kuwait	Arab Countries	Foreign Countries	Years of Subscription
Individuals	KD 3	KD 4	$ 15	1 Year
Institutions	KD 15	KD. 15	$ 60	
Individuals	KD 5	KD 7	$ 25	2 Years
Institutions	KD 25	KD25	$ 100	
Individuals	KD 7	KD 10	$ 35	3 Years
Institutions	KD 35	KD35	$ 140	
Individuals	KD 9	KD 13	$ 45	4 Years
Institutions	KD 45	KD 45	$ 180	

Payment for individual subscription should be payed in advance:

1 - By cheque drawn on a Kuwaiti Bank to University of Kuwait.

2 - Or By Bank Transfer to the University of Kuwait, Account No: (042/02608) Central Bank of Kuwait, State of Kuwait.

IBAN: KW21CBKU0000000000000004202608

Opinions Expressed in this Journal are Solely Those of their Authors and do not reflect those of the Journal.

The Publications of The Academic Publication Council

Journal of Social Sciences 1973, Kuwait Journal of Science and Engineering 1974 (Split in 2013 to KJS, JER), Journal of the Gulf and Arabian Peninsula Studies 1975, Authorship Translation and Publication Committee 1976, Journal of Law 1977, Annals of the Arts and Social Sciences 1980, Arab Journal for the Humanities 1981, The Educational Journal 1983, Journal of Sharia and Islamic Studies 1983, Arab Journal of Administrative Sciences 1991.

JOURNAL OF LAW

A Refereed Academic Quarterly, Published by the Academic Publication Council - University of Kuwait

Special Issue about COVID-19 Panademic

University of Kuwait

Academic Publication Council



ISSN: 1029 - 6069

Special Issue - Part One

Rabi I 1442- November 2020

Part One